Hypothek und Grundschuld im Bankverkehr

unter besonderer Berücksichtigung der in Formularen und allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Bestimmungen.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Johann Wolfgang Goethe-Universität zu Frankfurt am Main

Vorgelegt von

GERHARD UNGEWITTER

Assessor aus Frankfurt am Main

– 1939 –

Ludwig Baum - Frankfurt am Main - Reineckstrasse 17-19

Referent : Prof. Dr. K l a u s i n g

Korreferent : Prof. Dr. S c h a n t z

Tag der mündlichen Prüfung : 24. Juni 1939.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALTSÜBERSICHT

§ 1. Rechtliche Möglichkeiten der Sicherung durch Grundstücke 1

1. Abschnitt: Gegenüberstellung von Hypothek und Grundschuld 2

2. Abschnitt: Gegenüberstellung von Höchstbetragshypothek und Grundschuld 4

3. Abschnitt: Vergleich von Brief- und Buchrecht 6

§ 2. Der Kreis der gesicherten Forderungen 8

§ 3. Abtretung einer Hypothek oder Grundschuld 16

1. Abschnitt: Der Einwand der Nichtvalutierung 17

2. Abschnitt: Einwendungen aus dem abgetretenen Grundverhältnis gegenüber dem an sich gutgläubigen Grundschuldgläubiger 20

3. Abschnitt: Verwertung der zur Sicherung bestellten oder übertragenen Grundpfandrechte 25

4. Abschnitt: Verpflichtung des Gläubigers, bei der Verwertung auch die Belange des Schuldners wahrzunehmen, Abdingung durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen, Monopolausnützung 25

§ 4. Verpfändung eines Grundpfandrechts 32

§ 5. Zurückbehaltungsrecht an einem Hypotheken- oder Grundschuldbrief 35

§ 6. Die Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB 36

§ 7. Pfändung der nichtvalutierten Eigentümergrundschuld 40

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547418_0096

§ 1. Rechtliche Möglichkeiten der Sicherung durch Grundstücke.

Zur Sicherung von Bankkrediten werden häufig Liegenschaften herangezogen. Bei ihnen besteht nicht die Gefahr, wie bei der Sicherungsübereignung oder der stillen Zession, daß der Schuldner weiterhin verfügungsberechtigt bleibt und dadurch den Gläubiger schädigen kann. Da der Bankkredit wesentlich teuerer ist, als etwa der langfristige Realkredit, werden derartige Kreditmöglichkeiten regelmäßig bereits ausgeschöpft sein, wenn die Bank zum Zuge kommt. Sie muß sich also mit nachstelligen Hypotheken begnügen, denen ein dinglicher Sicherheitswert oft nur bedingt zukommt oder es werden der Bank gewerblich genutzte Grundstücke, insbesondere Fabrik- oder Hotelgrundstücke angeboten, die vielfach nur dann verwertbar sind, wenn jemand den Betrieb in derselben oder wenigstens ähnlicher Weise weiterführt. Gerade in dem Falle der Auflösung des betreffenden Unternehmens zeigt sich dann, daß die „reale" Sicherheit doch nicht von dem Schicksal des Schuldners zu trennen ist und der gewährte Kredit im Grunde weitgehend ein Personalkredit war.

Die Sicherung kann in verschiedener Weise erfolgen. Denkbar wäre eine Uebereignung sicherungshalber, wie sie bei beweglichen Sachen so bekannt und beliebt ist. Mit Rücksicht auf die Kosten und die Grunderwerbsteuer ist dies Verfahren aber nicht zu empfehlen 1). Praktisch kommt nur eine der verschiedenen Formen der Verpfändung in Frage. Ihre Verwendungsmöglichkeiten im Bankverkehr kann man nur verstehen, wenn man von ihrer unterschiedlichen rechtlichen Gestaltung ausgeht.

Das Gesetz regelt die Hypothek auf der einen Seite, die das Bestehen einer zu sichernden Forderung voraussetzt, und auf der anderen Seite die Grundschuld, die eine solche Forderung für ihren Bestand nicht voraussetzt. Die Hypothek gliedert sich in die gewöhnliche, sog. Verkehrshypothek und die Sicherungshypothek, die im Grundbuch als solche bezeichnet werden muß (§ 1184 II). Kraft Gesetzes sind Sicherungshypotheken die Höchstbetragshypothek (§ 1190), bei der die Feststellung der Höhe der Forderung vorbehalten bleibt und nur der Höchstbetrag eingetragen wird, bis zu dem das Grundstück haftet, und die Wertpapierhypothek der §§ 1187 ff. 2).

Ueber die Verkehrshypothek und die Grundschuld wird ein Hypotheken- bzw. Grundschuldbrief ausgestellt, „wenn die Erteilung eines Briefes nicht ausgeschlossen ist" (§§ 1116 II, 1192), die Sicherungshypothek ist stets brieflos (§ 1185 I).

---

1) Koch, 224 A. 1

2) Diese Wertpapierhypothek kommt vor allem zur Sicherung von Industrieobligationen vor, die – zur Umgehung der staatlichen Genehmigung nach § 795 BGB – als blanko indossierte kaufmännische Verpflichtungsscheine (§ 363 HGB) aufgezogen sind. Da die Wertpapierhypothek in ihrer Problematik aus dem Rahmen der übrigen Sicherungen durch Grundpfandrechte herausfällt, soll sie hier nicht behandelt werden.

1. Abschnitt :

Gegenüberstellung von Hypothek und Grundschuld.

Durch den § 1138 ist die gewöhnliche Verkehrshypothek der Grundschuld weitgehend angenähert. Der gutgläubige Zweiterwerber kann die dingliche Belastung kraft der §§ 1138, 892 ohne Rücksicht auf die Einwendungen geltend machen, die dem Eigentümer gegenüber dem ersten Gläubiger zugestanden haben. Die Hypothek geht insoweit über die persönliche Forderung hinaus und erhält den Charakter einer Grundschuld. Dieselbe Regelung der gegenüber dem Zweiterwerber möglichen Einreden ergibt sich für die Grundschuld aus den §§ 1192, 1157, 892. Aehnlich bestimmt der § 1138 in Verbindung mit § 892 hinsichtlich der Beweislast, daß der Gläubiger den Bestand der Forderung zur Geltendmachung der Hypothek nicht beweisen muß, für die Grundschuld folgt dies unmittelbar aus § 892, da sie ja eine zu sichernde Forderung an sich nicht voraussetzt. (Näheres und Begründung s. U. S. 4.)

Auf die Sicherungshypothek findet dagegen gemäß § 1185 II der § 1138 keine Anwendung, hier muß der Gläubiger den Bestand der Forderung auch dann beweisen, wenn er die dingliche Belastung geltend machen will und er muß sich gegebenenfalls Einwendungen aus der Person seiner Vormänner entgegenhalten lassen. Soweit es sich nicht um den Bestand der zu sichernden Forderung handelt, sondern etwa um den Bestand der Sicherung, greifen dagegen die §§ 891, 892 auch bei der Sicherungshypothek ein, wie ja bekanntlich etwa derjenige geschützt wird, der gutgläubig eine Sicherungshypothek erwirbt, die seinem Vormanne von einem Geisteskranken für eine an sich wirksame Forderung bestellt war.

In der Regelung der Entstehung einer Eigentümergrundschuld unterscheiden sich Grundschuld und Hypothek, wobei hier Verkehrshypothek und Sicherungshypothek einander gleichstehen. Wenn die Forderung ursprünglich nicht valutiert ist oder später zurückgezahlt wird, geht die Hypothek gemäß § 1163 I unmittelbar kraft Gesetzes 3) auf den Eigentümer über, in dessen Händen sie gemäß § 1177 regelmäßig als Eigentümergrundschuld behandelt wird. Diese dingliche Wirkung beruht auf der Verbindung, die bei der Hypothek zwischen der dinglichen Sicherung und der zu sichernden persönlichen Forderung besteht 4). Steigt die Forderung des Gläubigers später wieder an, so haftet das Grundstück nicht ohne weiteres für den wieder valutierten Teil der Forderung, der Eigentümer müßte die Eigentümergrundschuld erst wieder auf den Gläubiger übertragen. (Eine vorherige Berichtigung und Eintragung ist nach einer herrschenden Praxis nur dann nötig, wenn die Eigentümergrundschuld in ein Grundpfandrecht desjenigen Typs umgewandelt werden soll, das vorher für den Gläubiger eingetragen war 5). Ein solches Verfahren läßt sich praktisch nur sehr beschränkt durchführen, für den Bankverkehr ist es ungangbar. Hier bringt jeder Tagesauszug einen andeen Schulden-

3) Staudinger, 1163,33.
4) RG 78,66.
5) KG OLG 1,303; KGJ 45A 285; KG JFG 1,487 = OLG 43,190, ebenso im Ergebnis Güthe-Triebel § 39,14.

stand. Denn im Gegensatz etwa zu den angelsächsischen Ländern 6) wird bei uns der Kredit nicht auf ein unbewegtes Sonderkonto gebucht, sondern der Kunde darf im Kontokorrent bis zu einem gewissen Betrage disponieren. Nur wenn der Kredit in Akzeptform gegeben wird, bleibt der Kredit insoweit als Block unbewegt. Aber nur bevorzugte Kunden bekommen den – billigeren – Akzeptkredit und auch sie nur zu einem Teile des gesamten Kredits.

Wenn dagegen das Engagement als Abwicklungskonto geführt wird, das durch Rückzahlungen laufend niedriger wird, bestehen keine Bedenken dagegen, eine Verkehrshypothek zur Sicherung eintragen zu lassen.

Allerdings können die Parteien vereinbaren, daß, soweit die dingliche Belastung in Frage steht, die eingetragene Forderung als geschuldet gilt, eine Verkehrshypothek eintragen und nur im Innenverhältnis die Feststellung der Forderung vorbehalten 7). Eine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ist bei einer solchen Hypothek jedoch nur dann möglich, wenn die Forderung in ihrer Höhe genau bestimmt ist 8), was bei einem Bankkredit regelmäßig nicht der Fall ist. Der angezogenen Entscheidung möchte der Verfasser zustimmen, eine solche Vereinbarung, wie sie besprochen wurde, ist insbesonderes für die anderen Gläubiger nicht unbedenklich, sie schafft unklare Verhältnisse und es besteht kein Bedürfnis dafür, den Parteien über die vom Gesetz zugelassenen Typen der Grundstücksbelastung weitere Typen zuzugestehen.

Die Grundschuld bleibt in den Händen des Gläubigers, auch wenn eine zu sichernde Forderung nicht oder nicht mehr besteht, der Eigentümer hat nur aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis oder aus § 812 einen bis zur vollständigen Zahlung aufschiebend bedingten Anspruch auf Verzicht auf die Grundschuld oder Uebertragung 9). Nur Zahlungen, die auf die Grundschuld unmittelbar geleistet werden, lassen diese nach den §§ 1192, 1143 mit dinglicher Wirkung auf den Eigentümer übergehen 10). Die Klausel, daß Zahlungen zunächst nicht auf die Grundschuld, sondern auf die persönliche Forderung angerechnet werden, findet sich häufig in den Verträgen 11), sie ist nicht eintragungsfähig 12) und ist als vermutlicher Parteiwille im Regelfall zu unterstellen 13). Hat der Schuldner keine Bestimmung getroffen, welche Schuld er tilgen will, so ist die Sache im übrigen

---

6) Rozumek-Herold 129.
7) RG 60,243 ff, 247; RG BA 20,41; RG HRR 34,808; RG 152,219; Staudinger 1184,1,1190,1.
8) OLG Jena SächsA 36,133, angeführt bei Soergel, 1936, S. 147 zu 1190.
9) KG JW 33,64 (eingehende Darstellung der Rechtsnatur der Grundschuld), RG 78,60; 85,89; 102,385; RG JW 32,1550; Palandt 1192,2.
Staudinger 1192,9 will dies nur für den Fall der Rückzahlung der gesicherten Forderung gelten lassen, im Falle der ursprünglichen Nichtvalutierung müsse man den § 1163 I,1 als den Ausdruck eines allgemeinen Gedankens auffassen, es sei unbillig, dem Gläubiger schon den Grundstückswert zuzuweisen, wo er die Gegenleistung noch nicht erbracht habe. – Mit dieser Begründung könnte man auch die dringliche Wirkung des § 1163 I, S. 2 befürworten. Der Konstruktion der Grundschuld entspricht die Gegenansicht besser, die Grundschuld birgt eben gewisse Gefahren für den Schuldner.
10) KG Recht 28,1851, KG JW 33,64.
11) KG JW 33,64, vgl. a. Koch 170,171.
12) KG a. a. O.
13) OLG Düsseldorf HRR 36,402, Janberg ZAkadDR 38,596, ders. Ba 36,516.

schon durch § 366 II für den Gläubiger entschieden 14), die Frage taucht außerdem erst dann auf, wenn der Nominalbetrag der Grundschuld niedriger als die Gesamtsumme der Forderungen ist; da der Bankkredit aber häufig umgeschlagen wid und die Bank nach teilweisen Rückzahlungen stets wieder in Vorlage tritt, werden die Forderungen allerdings insgesamt bald höher als die Grundschuld sein.

2. Abschnitt:

Gegenüberstellung von Höchstbetragshypothek und Grundschuld.

Die Unterschiede zwischen Grundschuld und Höchstbetragshypothek ergeben sich aus ihrem verschiedenen Verhältnis zu der gesicherten Forderung. Bei der Höchstbetragshypothek muß die Bank den Bestand und die Höhe ihrer Forderung beweisen, wenn sie die dingliche Haftung des Grundstücks geltend machen will. (§§ 1185 II, 1190, s. a. oben.) Die kreditgebende Bank legt, schon um den Geschäftsbetrieb ihres Kunden überwachen zu können, besonderen Wert darauf, daß auch der laufende Verkehr über sie geleitet wird; der Saldo umfaßt deshalb stets die Unzahl von Ueberweisungen, Schecks, Wechseln usw., die seit dem letzten Kontoabschluß abgewickelt wurden. Wenn die Bank alle diese Geschäfte und die Richtigkeit aller Ansätze für Provision, Spesen usw. beweisen müßte, könnte viel Wertvolle Zeit vergehen und der Schuldner hätte auch mit der Möglichkeit, Schwierigkeiten zu machen, ein Druckmittel in der Hand, er könnte so die Bank zu Zugeständnissen veranlassen, zu denen sie sich sonst nicht bereit gefunden haben würde.

Der Grundschuldgläubiger kann sich auf die Vermutung des § 891 berufen, er braucht das Bestehen der zu sichernden Forderung nicht zu beweisen 15), auch dann nicht, wenn die Forderung erst nach der Eintragung der Grundschuld entstanden ist. Die gegenteilige Ansicht des Reichsgerichts und des RGRG-K 16) würde die Anwendung der §§ 1138, 891 fast zur Ausnahme machen, da die meisten Grundpfandrechte erst nach der Eintragung valutiert werden. (Wie § 1139 beweist, hat schon der Gesetzgeber das BGB hier mit gerechnet.) Selbstverständlich darf der Gläubiger nach den Grundsätzen, die im Innenverhältnis herrschen, die Grundschuld nur insoweit für sich in Anspruch nehmen, als er eine Forderung gegen den Schuldner hat, deshalb darf man aber nicht, wie es das Reichsgericht in zwei älteren Entscheidungen getan hat in methodisch bedenklicher Weise 17), eine stillschweigende Parteivereinbarung des Inhalts unterstellen, daß der § 891 dem Gläubiger bei der Sicherungsgrundschuld nicht zur Seite stehen solle. Der Gläubiger zieht die Grundschuld der Höchst-

14) Das Bestimmungsrecht des Schuldners schließen die Gen aGB Teil V. Z. 6 S. 1 allgemein aus.

15) Palandt 1138, 2a (für die Verkehrshypothek, die ja insoweit der Grundschuld gleichsteht, s. o. S. 3/4), auch Staudinger 1192,5, ander aber das. 1191,6 unter Berufung auf RG 60,247, Staudinger unterscheidet nicht die Geltendmachung der dinglichen Belastung und der persönlichen Forderung, nur für diese hat der Gläubiger die Beweislast.

16) RG 49,9, RGR-K 1138,3a, anscheinend auch RG HRR 35,421, das darlegt, daß für die Rückzahlung der Schuld der Schuldner stets die Beweislast habe.

17) RG 57,321; 60,247 ff, 249, dem folgend Staudinger 1192,5.

betragshypothek gerade wegen der für ihn günstigen Beweislastverteilung vor. Die Ansicht des Reichsgerichst verbindet die persönliche Forderung stärker mit der dinglichen Sicherung, als es mit dem Wesen der Grundschuld vereinbar ist. Allerdings entfällt die Vermutung des § 891 dann, wenn der Gläubiger zugeben muß, daß der eingetragene Schuldgrund nicht der Wahrheit entspricht 18), bei der Grundschuld kann aber ein Schuldgrund gar nicht eingetragen werden 19).

Die Vorteile der Grundschuld zeigen sich auch, wenn mehrere Grundstückssicherheiten für denselben Kredit gegeben werden sollen oder wenn auf Gläubiger- oder Schuldnerseite mehrere Personen auftreten. Wenn die Höchstbetragshypothek für Forderungen gelten soll, die der Bank gegenüber Rechtsnachfolgern eines Unternehmens erwachsen entstehen Schwierigkeiten. Das Reichsgericht hat früher verlangt 20), daß die verschiedenen Schuldner in einer „Verpflichtungsgemeinschaft" ständen, später hat es diese Ansicht aber wieder aufgegeben 21) 22). Wie Reinhard aber in der Anmerkung zu der letzten Entscheidung ausführt, kann man ihr nicht bedenkenlos folgen, man wird es daher besser nicht auf die Frage ankommen lassen und mit Koch 23) die Bestellung einer Grundschuld empfehlen.

Aehnliche Gefahren sind zu befürchten, wenn für denselben Forderungskreis mehrere Höchstbetragshypotheken auf demselben oder mehreren Grundstücken eingetragen werden sollen und eine Einheitshypothek 24) im ersten oder eine Gesamthypothek im zweiten Falle nicht möglich oder nicht erwünscht ist. Eine mehrfache Sicherung derselben Forderung durch mehrere Hypotheken ist deshalb bedenklich, weil eine Vervielfältigung der Forderung möglich wäre und infolge der Verknüpfung zwischen der dinglichen Sicherung und der Forderung Verwirrung im Grundbuch zu befürchten wäre 25). Eine Eintagung ist nur zulässig, wenn „die Urkunden eine klare Abgrenzung der jeweils gesicherten Teile der Saldoforderung ohne Mißverständlichkeiten aussprechen" 26). Diese Abgrenzung ist z. B. dann in Ordnung, wenn die neue Hypothek nur für einen Teilbetrag der Forderung bestellt wird, um den diese die bisherige Hypothek übersteigt 27). Die neue Hypothek kann auch für den Ausfall bestellt werden, den der Gläubiger bei der Verwertung der ersten Hypothek erleiden sollte 28). Die gegenteilige Ansicht von Staudinger (1190,9) ist in ihrer dogmatischen Begründung nicht überzeugend, man darf unbedenklich wie das Reichsgericht in RG 122,327 konstruieren und so den berechtigten Belangen der Beteiligten Rechnung tragen. Das

18) RG 57,321, anders RG BA 20,41. Das letztere Urteil will zu Unrecht eine Vermutung für den Gläubiger als stillschweigend vereinbart ansehen, stellt also das Gegenstück dar zu den A. 17 angeführten Entscheidungen.
19) Staudinger 1192,2, 1191,4.
20) RG 118,352.
21) RG Beschluß v. 4. 12. 29. RG 126,272 = JW 30,287 = BA 29,164.
22) ebenso Staudinger 1113,21, allerdings etwas zurückhaltend und ausdrücklich für den Fall der Kreditgewährung an den Rechtsnachfolger 1190,10.
23) Koch 164 A. 3.
24) Die Zulässigkeit der Zusammenfassung mehrerer aufeinander folgender Grundpfandrechte derselben Art desselben Gläubigers ist seit RG v. 27. 6. 34. – RG 145,47 – unbestritten. vgl. a. Staudinger 1113,24, 877,11; Palandt 2 f vor 1113; Güthe-Triebel 31 vor § 13 S. 195.
25) RG 132,137.
26) Staudinger 1190,9.
27) RG 70,248; 118,162; 131,16; 134,221; KGJ 53,215; Staudinger 1190,9.
28) RG 122,327; 134,221.

Reichsgericht hat es außerdem zugelassen, daß der Gläubiger einer Höchstbetragshypothek nach der Eintragung seine Forderung auf die einzelnen Hypotheken verteilt 29). Diese Entscheidung ist m. E. nicht haltbar, nach den Grundsätzen, die das gesamte Grundbuchrecht beherrschen, sollen die eingetragenen Rechte möglichst genau bestimmt sein, in § 1190 ist nur in einer Richtung eine Ausnahme davon zugelassen worden, die man nicht weiter erstrecken soll, als es nach ihrem Sinn und Zweck notwendig ist. Der vom Reichsgericht a.a.O. eröffnete Weg ist neben allen anderen Möglichkeiten nicht nötig, mag es auch im Einzelfall vielleicht ein unerwünschtes Ergebnis sein, wenn der Gläubiger aus Rechtsgründen mit seinem Anspruch ausfallen muß.

Bei der Grundschuld besteht ein unmittelbarer Zusammenhang mit der zu sichernden Forderung nicht, die Gefahr der Verwirrung des Grundbuchs scheidet daher aus. Nach einer Entscheidung des Reichsgerichts kann 30) für denselben Forderungskreis erst eine Grundschuld und dann eine Höchstbetragshypothek bestellt werden. Dies wird man wohl allgemein auf mehrfache Sicherung durch Grundschulden oder einer Hypothek neben einer oder mehreren Grundschulden ausdehnen müssen 31).

Wegen der Grundschuld kann sich der Eigentümer der sofortigen Zangsvollstreckung gemäß §§ 794 Z. 5, 800 ZPO unterwerfen, bei der Höchstbetragshypothek ist dies nicht möglich, weil bei ihr die Forderung noch nicht bestimmt ist 32). Wenn man sich alle diese Vorteile vergegenwärtigt, die die Grundschuld dem Gläubiger bietet 33), versteht man, daß die Banken die Grundschuld der Höchstbetragshypothek vorziehen 34).

3. Abschnitt:

Vergleich von Brief- und Buchrecht.

Wenn für die Hypothek oder die Grundschuld ein Brief ausgestellt ist, der außerhalb des Grundbuchs auf den Gläubiger übertragen wird, so kann das für ihn den Nachteil haben, daß ihn Nachrichten von der Zwangsversteigerung gemäß den §§ 41 I, 105 II, 9 Z. 1 ZVG nicht erreichen, ein Rechtsverlust wird sich daraus in der Regel wegen der §§ 45 I, 37 Nr. 4, 110 ZVG nicht ergeben, wohl aber versäumt die Bank Möglichkeiten, auf die Preisgestaltung und die Person des Erstehers Einfluß zu nehmen. Außerdem bringt die Verwahrung und

29) RG 131,16.
30) RG 132,137.
31) KG HRR 30,707 für eine Grundschuld neben einer Hypothek, allgemein Staudinger 1113,21; Palandt 1113,4e; Güthe-Triebel 31 vor § 13, S. 194.
32) KGJ 28A 245, OLG München OLG 3,295, Staudinger 1190,3,1147,17 unter c).
33) Als Nachteil der Grundschuld wird es oft bezeichnet, daß bei ihr der Eigentümer nicht persönlich hafte, aber auch bei der Hypothek haftet der Eigentümer mit seinem sonstigen Vermögen nur dann, wenn er gleichzeitig der persönliche Schuldner ist.
34) Lang BlfGenwes 32,39
Koch 159 ff. Die 2. A. 1920 (S. 58) teilte bloß einen Vordruck für Höchstbetragshypotheken mit, die folgenden Auflagen bringen ein Grundschuldformular für den Sonderfall, daß mehrere Grundstücke nicht in der Form der Gesamthypothek belastet werden sollen und eine vollstreckbare Grundschuld (3. A. S. 76, 4. A. S. 86, 5. A. S. 94, 6. A. S. 124), aber erst seit der 7. A. vom Jahre 1928 auf Seite 139 empfiehlt er in eingehenden Vorbemerkungen die Bestellung einer Grundschuld.

Handhabung eines Briefes stets eine gewisse Verwaltungsarbeit mit sich und der eigentliche Zweck des Briefes, daß das verbriefte Recht leichter übertragen werden kann, kommt für die Bank regelmäßig doch nicht in Frage, da sie meistens nicht beabsichtigt, den Brief weiterzugeben. Die Bank wird sich daher in der Regel ein Buchrecht bestellen lassen, u.U. mit der Maßgabe, daß auf Verlangen des Gläubigers ein Brief zu bilden ist.

Eine von seiten der Schuldner häufig gewünschte Form der Grundstückssicherung ist die Hergabe einer ursprünglich auf den Eigentümer nach § 1196 eingetragenen Grundschuld. Dies gilt als eine Art von „vornehmererem" Kredit, weil man nicht aus dem Grundbuch ersehen kann, wer den Kredit gegeben hat, denn, daß ein Kredit in Anspruch genommen werden sollte, zeigt die Eintragung, deren Kosten der Eigentümer kaum ohne Grund auf sich nehmen wird. Hier kommt nur eine Briefgrundschuld in Frage, denn der Eigentümer kann den Kreditgeber nur dann verheimlichen, wenn er die Grundschuld außerhalb des Grundbuchs auf den Gläubiger überträgt.

§ 2. Der Kreis der gesicherten Forderungen.

Es soll nun untersucht werden, für welche Forderungen die von dem Schuldner gegebenen Grundstückssicherheiten haften. Diese Frage kann dann wichtig werden, wenn der Schuldner in Schwierigkeiten gerät und man nun abgrenzen soll, wieweit die von der Bank mit ihrem Sicherungsvertrag bewirkte Sperre reicht und welche Forderungen sich mit einer Konkursdividende begnügen müssen.

Bei der Höchstbetragshypothek ergibt sich der Umfang der gesicherten Forderungen aus der Eintragung bzw. der Eintragungsbewilligung. Nach einer Reihe von Entscheidungen 35) ist es grundbuchrechtlich zulässig, den Forderungskreis nur allgemein zu bezeichnen. Für die Grundschuld entscheidet das zugrunde liegende Schuldverhältnis, das im Bankverkehr oft zu einem Teil in einer sogenannten Sicherungszweckerklärung niedergelegt wird 36).

Durchweg herrscht von seiten der Bank das Bestreben vor, die Klauseln möglichst weit, „für alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen, gleich aus welchem Rechtsgrund" zu fassen 37). In manchen Vordrucken werden ausdrücklich auch Forderungen genannt, die im Wege der Abtretung auf die Bank übergegangen sind 38).

Es taucht dabei die Frage auf, wie im Einzelfall der Kreis der gesicherten Forderungen abzugrenzen ist, ob man abgetretene Forderungen mit einer allgemeinen Wendung erfassen kann und ob man – davon abgesehen – überhaupt beliebige, später abgetretene Ansprüche einbeziehen kann. Wie schon die oben zu 3) und 4) angeführten Formulare zeigen, beschränken sich diese Fragen naturgemäß nicht auf die Fälle einer Sicherung durch Grundpfandrechte, sie treten aber auch hier auf und sollen daher vorliegend im Zusammenhang erörtert werden.

In der Rechtsprechung ist es vor allem in zwei Fällen streitig geworden 39), ob auch abgetretene Forderungen in den Kreis der gesicherten Forderungen fallen können. In dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall

> zedierte der Bauunternehmer W der Bremer Vereinsbank, mit der er in Geschäftsverbindung stand, eine ihm gegen seinen Bruder zustehende Forderung unter Uebergabe des Schuldscheins „zur Sicherung für alle Forderungen, die der Bank ge-

35) RG JW 07,513 = Recht 07,2321 = SA 62,232, RG 75,247; KGJ 35 A 279 ff, 284; sogar ohne jede Angabe kann eine Höchstbetragshypothek u. U. wirksam sein, RG 136,80.
36) vgl. Koch 170,171.
37) vgl. Koch 164,170,171, S. 20 Z. 13 II, alte aGB Z. 24, Koch 10. A. S. 20 Z. 19 II, Depotverpfändung Koch 175 und DB, Bürgschaft Koch 199 und DB, Sicherungsabtretung, einer Warenforderung Koch 206, DB Mantelzessich, Lebensversicherung Koch 217 u. DB.
38) Koch 170,171, Koch 10. A. neue aGB S. 4 ff, Zif. 19 II, wo sich die Pfandklausel auch auf „übergegangene" Ansprüche erstrekt, Koch 217 Lebensversicherung, auch wenn die Bank „diese (Ansprüche) von Dritten erworben hat", DB Lebensversicherung, zur Sicherung von Forderungen „insbesondere auch aus Abtretung".
39) RG 18,232, Urt. v. 7. 4. 86., OLG Dresden BA 31,67, Urt. v. 10. 6. 31

gen ihn zustehen oder zustehen werden". Die Bank verweigerte die Herausgabe des Schuldscheins, Dr. S. hatte eine ihm gegen W zustehende Forderung an die Bank abgetreten, und diese nahm nun die Sicherung auch für die Forderung des Dr. S. in Anspruch.

Das Reichsgericht trat dem entgegen und führte im wesentlichen folgendes aus :

> Es muß der Inhalt des Vertragswillens, insbesondere der positive Umfang der zu sichernden Forderungen untersucht werden, nicht aber darf man, wie es das Berufungsgericht getan hat, von der Unbeschränktheit dieses Umfangs ausgehen und prüfen, ob sich aus besonderen Umständen eine Beschränkung ergebe. Entscheidend für den vermutlichen Parteiwillen bei der Bestellung der Sicherheiten ist der Beweggrund, aus dem heraus der Schuldner die Sicherheiten gibt, er will von der Bank einen Kredit erlangen, damit wird, – soweit nichts anderes vereinbart oder den Umständen nach als vereinbart anzusehen ist – die Abtretung nur zur Sicherung solcher Forderungen geschehen sein, die der Kreditgeber gegen den Schuldner mit dessen Willen erwirbt, in erster Linie also Forderungen aus unmittelbaren Geschäften der Bank mit dem Kunden, es können auch Forderungen umfaßt werden, aus Wechseln, die die Bank mit Willen des Schuldners einem Dritten diskontiert hat. In allen Fällen muß es aber erkennbar sein, daß der Gläubiger in das Rechtsverhältnis mit Willen des Schuldners eingetreten ist. Auf zedierte Forderungen schlechthin die bestellte Sicherung zu erstrecken, würde dem Wesen des eingegangenen Rechtsverhältnisses widersprechen.

Dem Dresdner Urteil lag folgender Tatbestand zu Grunde:

> Eine Firma bestellte einer Bank eine Höchstbetragshypothek „zur Sicherung aller Ansprüche, die der Bank gegen die Firma oder deren jeweiligen Inhaber oder Rechtsnachfolger zustehen oder zustehen werden". In den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank war in Z. 17 die übliche Pfandklausel enthalten, nach der alle irgendwie in den Besitz der Bank gekommenen Werte als Pfand haften für „alle aus der Geschäftsverbindung oder sonst einem Anlaß sich ergebenden Ansprüche jeder Art". Die Bank ließ sich von der Sch-AG, an der sie finanziell interessiert war, Forderungen abtreten und nahm in dem Zwangsversteigerungsverfahren auch für diese Forderungen den Rang ihrer Hypothek in Anspruch.

Im Gegensatz zu dem – nicht geannten – Landgericht machte sich das Oberlandesgericht Dresden den Standpunkt der Bank zu eigen :

> Schon nach dem Wortlaut müssen Ansprüche der fraglichen Art unter die Sicherung fallen, auch nach den §§ 133, 157 BGB ist eine andere Auslegung nicht möglich. Bei der Frage, was unter „alle Ansprüche" zu verstehen ist, muß man die Pfand-

klausel heranziehen. Nach dieser Klausel hat die Firma von vornherein damit rechnen müssen, daß auch abgetretene Ansprüche in die Hypothek hereingenommen werden. Ob die Bank von Anfang an die Einbeziehung von Forderungen der Sch-AG im Auge gehabt hat, ist gleichgültig.

Allerdings darf die Bank, wenn sie sich nicht dem Vorwurf der Arglist aussetzen will, die Sicherungen nicht in einer Weise in Anspruch nehmen, die den Zwecken des Kredits zuwiderläuft. Die Tatsache, daß die Bank an der Sch-AG finanziell interessiert sein mag, läßt auf ein solches vertragswidriges Verhalten aber nicht schließen. Die Entwicklung des Kreditverkehrs zwischen den Banken und industriellen Unternehmen bringt es in neuerer Zeit häufig mit sich, daß die kreditgebende Bank sich Forderungen ihres Schuldners abtreten läßt. Solche Geschäfte fallen nicht aus dem Rahmen des regelmäßigen Geschäftsbetriebes heraus. Nach der besonderen Lage des Falles können die Erwägungen des Reichsgerichts in RG 18,232 nicht ausschlaggebend sein. (Das Gericht teilte den streitigen Betrag von etwas unter 6000.– der Bank zu.)

Ein ähnliches Problem wurde in dem Urteil des Reichsgerichts vom 16. 4. 1934 40) angeschnitten.

Dort hatte die Ehefrau des Landwirts H als Sicherung für Schulden ihres Mannes eine Hypothek an die Erstbeklagte abgetreten. In der Zwangsversteigerung wurde auf die Hypothek soviel zugeteilt, daß die Forderung der Erstbeklagten voll zur Hebung kam, den Ueberschuß führte sie an die Zweitbeklagte ab, die ebenfalls Forderungen gegen den Ehemann H hatte.

Das Reichsgericht trat dem entgegen:

Es versteht sich mangels einer erkennbar anderen Willensrichtung von selbst, daß mit der Sicherung der Schulden des Ehemanns H nur solche Schulden gemeint waren, welche dem Schuldner dem Abtretungsempfänger gegenüber oblagen. Die Sicherungsabtretung enthält nach st. Rspr. einen Auftrag für den Gläubiger, auch die Belange des Schuldners wahrzunehmen. Wenn der Gläubiger berechtigt sein soll, die Hypothek auch zur Sicherung der Ansprüche dritter Personen zu verwenden, so stellt dies eine außergewöhnliche Ausdehnung der Befugnisse des Abtretungsempfängers dar, und müßte dieser besonders dartun, daß dies ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart worden wäre.

Die Bank will den Kreis der gesicherten Forderungen möglichst weit fassen, damit sie für „alle Fälle" sicher gehen kann. Man rechnet vielleicht auch mit der Möglichkeit, wie sie in dem Dresdner Falle auftrat, u. U. kann man auch einmal einem Geschäftsfreund einen „Gefallen" erweisen, für den sich dieser später bei einer anderen Gelegenheit erkenntlich zeigen wird. Der Schuldner möchte natürlich den Kreis der gesicherten Forderungen möglichst enge ziehen. Meistens wird aber die Bank in der Lage sein, ihre Wünse durchzusetzen.

40) BA 34,13 = WarnR 34 Nr. 77.

In den oben zu 4) angeführten Vordrucken ist das Uebergewicht der Bank deutlich zum Ausdruck gelangt, die wörtliche Auslegung der Urkunden ist hier so klar, daß im Rahmen der bloßen Auslegung kein weiterer Raum bleibt.

Die eigentlichen Auslegungsschwierigkeiten bringt die große Gruppe der Formulare, die nur allgemein „alle" Forderungen unter die Sicherung bringen wil. Eine gewisse Handhabe bietet noch die Wendung „Ansprüche aus der Geschäftsverbindung" (Koch 175), „aus der Geschäftsverbindung aus irgendeinem Anlaß" (DB Depotverpfändung). Abgetretene Forderungen ergeben sich nicht aus der Geschäftsverbindung des Kreditnehmers mit der Bank, sondern aus der Verbindung der Bank mit dem dritten Gläubiger, können also nicht unter die Sicherungen fallen. Immerhin kann diese Auffassung nicht als unbedingt zwingend angesehen werden.

In der Mitte zwischen den letzteren und den oben behandelten Vordrucken stehen diejenigen, die „alle sonstigen Forderungen aus irgendeinem Anlaß" erfassen. (Alte aGB, ähnlich DB Bürgschaft, Mantelzession, Koch 200, in den aGB, S. 20.) Man kann diese Wendungen in zweierlei Richtung verstehen. Einmal sind nämlich auch abgetretene Forderungen, „Forderungen aus irgendeinem Anlaß", eben aus Anlaß der Abtretung, auf der anderen Seite könnte der Schuldner anführen, er habe die Sicherungen nur bestellt, um einen Kredit von der Bank zu bekommen, deshalb habe er nur ursprünglich der Bank zustehende Forderungen sichern wollen (vgl. RG 18, 232), unter Forderungen „aus irgendeinem Anlaß" habe er Ansprüche aus einem der vielen Geschäftszweige der Bank verstanden, daß auch abgetretene Ansprüche darunter fallen sollten, sei ihm nicht in den Sinn gekommen.

Es ergeben sich also zwei Auslegungsmöglichkeiten, die engere hat das Reichsgericht in RG 18,232 gewählt, die weitere das OLG Dresden in BA 31,67. – Die Gründe des Dresdner Urteils vermögen nicht zu überzeugen. Die wörtliche Auslegung der Klausel „für alle Ansprüche" gibt für unsere Frage keinen Anhaltspunkt, und die Heranziehung der in den allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Pfandklausel ist nicht geeignet, zur Klärung der Sache beizutragen. Die besagte Pfandklausel läßt nämlich selbst in keiner Weise erkennen, daß sie auch abgetretene Ansprüche erfassen will. Man macht also denselben Fehler, wie wenn man eine Behauptung mit einer weiteren, ebenfalls beweisbedürftigen Behauptung zu belegen sucht. Dabei stellte die Pfandklausel die besonderen Umstände dar, die es dem OLG Dresden nach seiner Ansicht gestatteten, von der Entscheidung des Reichsgerichts in RG 18,232 abzuweichen.

Die vom Reichsgericht a.a.O. angeführten Gesichtspunkte können noch heute als maßgebend gelten. Der Schuldner will Kredit für s i c h erwirken und deshalb der Bank für s e i n e Schulden eine Sicherheit geben, wenn auch Forderungen erfaßt werden sollen, die ursprünglich nicht der Bank, sondern einem Dritten erwachsen sind, müßte dies deutlich zum Ausdruck gebracht werden.

Diese Gedanken münden in die weitere Erwägung ein, die man bei der Auslegung von allgemeinen Geschäftsbedingungen (aGB) und anderen formularmäßigen Erklärungen angestellt hat 41). Derjenige, der die aGB aufstellt, hat Gelegenheit, sich diese eingehend zu überlegen, die Bedingungen werden ja regelmäßig unverändert übernommen, es liegt also ausschließlich an ihm, die Abreden klar und verständlich zu gestalten. Er setzt auch in den aGB meistens seine Belange weitgehend durch und muß dann klar zu verstehen geben, wieweit der Andere mit seinen Interesen zurückstehen soll.

Man darf freilich nicht zu schematisch gegen den Verfasser der aGB auslegen 42), es ist stets eine Prüfung im Einzelfall geboten, diese ist aber regelmäßig dann ausreichend, wenn man feststellt, daß nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 157) der Andere die Bedingungen in seinem Sinne verstehen konnte 43). Auf unseren Fall angewandt, hätte die Bank durch eine klare Fassung dem Schuldner die Möglichkeit versperren müssen, die Klausel in dem oben Seite 11 entwickelten Sinne zu verstehen.

Das Oberlandesgericht Dresden meint in seiner mehrfach angeführten Entscheidung, es komme im modernen Bankverkehr häufig vor, daß sich die Bank Forderungen gegen ihren Schuldner abtreten lasse und diese dann in die Sicherungen hereinnehme, und folgert daraus daß das Verhalten der Bank nicht als vertragswidrig anzusehen sei. Vertragswidrig und verkehrsüblich liegen aber nicht auf einer Ebene und müssen sich deshalb nicht ausschließen, wenn sie auch in einer gewissen Wechselwirkung zu einander stehen mögen. Das Recht als eine wertende Ordnung ist nicht selten genötigt, dieser oder jener Verkehrssitte, besser Verkehrsunsitte, die Rechtswirksamkeit zu versagen 44).

In allen Fällen also, in denen abgetretene Ansprüche nicht ausdrücklich als unter die Sicherungen fallend bezeichnet sind, geht dies zu Lasten der Bank. Sie kann deshalb schon aus diesem Grunde die Sicherungen nicht für die fraglichen Forderungen in Anspruch nehmen.

Anders liegt der Fall, wenn die abgetretenen Ansprüche besonders erwähnt sind (s. o. A. 4). Koch 170, 171 bezieht sich sogar ausdrücklich auf die Entscheidung RG 18,232, und wenn in einer weiteren höchstrichterlichen Entscheidung die Frage noch einmal erörtert werden würde, würde wahrscheinlich die Zahl der Formulare erheblich zunehmen, die zur Vermeidung jeglicher Zweifel die Abtretung besonders zu erfassen suchen.

---

41) Die Unterscheidung, die Raiser 25 ff macht, betrifft unseren Fall nicht. Es bedeutet kaum einen wesentlichen Unterschied, ob die Klausel in den aGB einbezogen ist oder lediglich in einem besonderen, ebenfalls gleichmäßig verwandten Formular enthalten ist.

42) vgl. RG Recht 29,279, die im Zusammenhang wohl nicht mehr besagen wollte, als wir ausgeführt haben.

43) Michel S. 40, vgl. a. Bruck 30; RG 144,313, das die Formel verwendet, „tatsächlich bot aber die Bestimmung, wie sie lautete, erhebliche Zweifel für die Durchschnittskundschaft".

44) vgl. die Umschreibung der Fahrlässigkeit, die es bewußt nicht auf das im Verkehr üebliche, sondern auf die im Verkehr erforderliche Sorgfalt abstellt, also ein normatives Element enthält. Vgl. a. die weiter unten im Zusammenhang zu erörternde Rechtsprechung über den verlängerten Eigentumsvorbehalt.

Es ist daher zu prüfen, ob eine solche Bestimmung wirksam sein kann. Die Bedenken dagegen knüpfen vor allem daran an, daß man ja gar nicht weiß, welche Ansprüche der Bank einmal abgetreten werden.

Bei zwei anderen Instituten des Kreditsicherungsrechts, der Sicherungsübereignung und dem verlängerten Eigentumsvorbehalt ist die Frage der Bestimmbarkeit häufig erörtert worden in Bezug auf die übertragenen Gegenstände bzw. Forderungen. Bei der Sicherungsübeeignung ist es entscheidend, ob die übereigneten Gegenstände derart bestimmt sind, daß ein nicht in die Verhältnisse eingeweihter Dritter jederzeit allein auf Grund der Verträge feststellen kann, welche Waren übereignet sind 45).

Bei dem verlängerten Eigentumsvorbehalt wurde die mangelnde Bestimmbarkeit zum Ansatzpunkt des Kampfes. (vgl. Schantz, Verlängerter Eigentumsvorbehalt – wie lange noch ?, 1937.) Schon RG 142,139 hatte eine Klausel für ungültig erklärt, weil man nicht nur den Teil einer Werklohnforderung abtreten könne, der dem Gegenwert der von dem betreffenden Lieferanten, der den verlängerten Eigentumsvobehalt sich ausbedungen hatte, gelieferten Waren entspreche; die Bedingungen könnten nur dann wirksam sein, wenn sie den Kreis der abgetretenen Forderungen nicht nur für den Einzelfall, sondern für alle denkbaren und möglichen Fälle ausreichend klar bestimmten. Das Reichsgericht versagte der Klausel die Wirksamkeit, obwohl in dem Einzelfalle die Bestimmung der abgetretenen Forderungen keine Schwierigkeiten machte. Die Entscheidung in RG 155,27 hat diese Rechtsprechung bestätigt und fortgeführt, wenn auch ein Sachverständiger nur mit größter Mühe den Anteil des betr. Lieferanten an der gesamten Bauforderung bestimmen könne, seien die abgetretenen Ansprüche nicht hinreichend genau bestimmbar. Das Reichsgericht erklärte den verlängerten Eigentumsvorbehalt für unwirksam, obwohl auch hier in dem zur Entscheidung stehenden Falle Zweifel an sich nicht vorlagen. Die Reichsgruppe Industrie hat daraufhin ihren Mitgliedern empfohlen, den verlängerten Eigentumsvorbehalt nicht mehr allgemein in ihren Lieferungsbedingungen zu verwenden 46).

Diese zur Sicherungsübereignung und zum verlängerten Eigentumsvorbehalt entwickelten Grundsätze können auch auf unsere Frage nicht ohne Einfluß bleiben, wenn es sich auch dort um die Wirkung einer unmittelbaren dinglichen Verfügung handelt, was hier nicht in dem Maß der Fall ist. Welche Forderungen der Bank abgetreten werden sollen, ist, falls keine besonderen Abmachungen vorliegen, völlig offen, wenn der Schuldner seine Sicherheiten gibt.

Aus dem Kreis der sämtlichen gegen den Schuldner bestehenden Forderungen könnte die Bank beliebig sich Forderungen abtreten lassen und sie gegen den Schuldner unter die Sicherungen nehmen. Auch wenn eine Bestimmung des Inhalts eingefügt würde, daß nur Abtretungen von Gläubigern, an denen die Bank ihrerseits finanziell interessiert ist, statthaft sind, wäre der Kreis der gesicherten Forderungen durchaus unklar. Die mit der Bank in Geschäftsverbindung stehenden Unternehmen wechseln dauernd, über Tochterunternehmen, Beteiligungen usw. könnte man den Kreis der finanziellen Interessen auch praktisch ins Uferlose ausdehnen.

45) vgl. Staudinger 929,33 ff, insbesondere unter 36 bei b), RG 113,57, 132,138. Siehe auch Koch 228 unter c), 229 im Text zu A. 2, 232 A. 5, 234.
46) Bericht darüber siehe D. Just 38,610.

Auf der anderen Seite wäre die Zulassung sog. „reiner Gefälligkeiten" kaum zu befürworten. Für derartige Gefälligkeiten erwartet man stets früher oder später in irgendeiner Fom eine Anerkennung und man würde mit der Zulassung mannigfache Wege für geschäftliche Unsauberkeiten eröffnen, die man besser von vorne herein verschlossen lassen sollte.

Dazu kommt noch ein weiterer Gesichtspunkt. Bei der Sicherungsübereignung muß man jederzeit feststellen können, welche Gegenstände die Verträge erfassen. Ein Dritter, namentlich der Konkursverwalter, muß jederzeit an Hand der Bücher den Stand der Firma feststellen können. In unserem Falle kann man bei Forderungen der Bank aus den Kontoauszügen ersehen, wieweit die Sicherungen erschöpft sind, und der Schuldner hat es auch – zumindesten theoretisch – in der Hand, ob er den Kredit weiter in Anspruch nehmen will. Falls die Sicherungen aber auch für abgetretene Forderungen dritter Gläubiger haften, – deren Abtretung dem Schuldner gemäß § 398 BGB ja nicht angezeigt werden braucht – kann weder der Schuldner, noch ein Dritter aus den Büchern den Vermögensstand des Schuldners ermessen.

Vollständig offen bleibt es, bis zu welchem Zeitpunkt die zu erfassenden Forderungen abgetreten sein müssen. Wenn der Kunde das Formular mit der Abtretungsklausel unterschreibt, weiß niemand, welche Forderungen der Bank einmal abgetreten werden. Bei der Sicherungsübereignung hat das Reichsgericht im Gegensatz zu einer früheren Entscheidung 47) angenommen, daß es ausreicht, wenn die übereigneten Gegenstände zur Zeit des Vertragsabschlusses hinreichend genau bestimmt sind 48), wenn später unter Eigentumsvorbehalt gekaufte Waren in den zur Aufbewahrung der übereigneten Gegenstände bestimmten Raum eingebracht wurden, soll dies an der ursprünglich ausreichenden Bestimmbarkeit nichts ändern. Umgekehrt müssen aber schon bei Vertragsschluß die konkretisierenden Ereignisse hinreichend genau umschrieben sein.

Die Abtretungen werden wohl häufig in einer Zeit vorgenommen, in der die Gläubiger den Stand des Schuldners schon ungünstig beurteilen. Selbst wenn im Einzelfall die Anfechtungsfristen des Anfechtungsgesetzes und der Konkursordnung gewahrt würden, würde das rechtspolitische Bedenken bleiben, daß man mit einem solchen Verfahren nicht nur für einen Einzelfall, sondern für eine Menge gar nicht übersehbarer Gläubiger die Grundsätze des Vollstreckungsrechts und der Gleichbehandlung aller Gläubiger im Konkursrecht ausschalten würde.

Mit dieser von uns entwickelten Auffassung, die ohne nähere Begründung auch Haupt, S. 169,170 und das. A. 32 vertritt, ist der Bank der Weg nicht verbaut, ihre Belange in vernünftiger Weise zu wahren. Sie kann jederzeit im Einvernehmen mit dem Schuldner auch die Forderungen fremder Gläubiger einbeziehen, wenn diese fremden Gläubiger und ihre Forderungen hinreichend genau umschrieben sind. Für eine schrankenlose Einbeziehung besteht auch kein gerechtfertigtes wirtschaftliches Bedürfnis. Wenn die Bank einem Unternehmen Kredit gibt, tut sie dies auf Grund der Verhältnisse d i e s e s Un-

47) RG 113,87.
48) RG 133,83, ebenso Staudinger 929,36 unter ß.

ternehmens und der Sicherheit, die ihm dieses Unternehmen bietet, auf die unbestimmte Aussicht hin, von diesem Betrieb vielleicht einmal Forderungen gegen einen anderen ihrer Kunden zu übernehmen, der ihr ausreichende Sicherheit bietet, auf diese Aussicht hin wird kaum jemand Kredit geben. Wenn aber ein Betrieb vorwiegend nur an ein Werk liefert und deshalb wesentlich darauf angewiesen ist, daß seine Forderungen gegen jenen Abnehmer sicher sind, so wird man diesen Umstand bei den Kreditverhandlungen besprechen und dabei Gelegenheit haben, ihn gebührend zu berücksichtigen.

Die Darlegungen des Reichsgerichts, in denen es einer uferlosen Ausweitung des gesicherten Forderungskreises entgegentritt (s. o. S. 10), mögen ebenfalls geeignet sein, die vorstehenden Darlegungen zu unterstützen. Es ist unwesentlich, ob die Forderungen dem gesicherten Gläubiger abgetreten wurden, wenn der ungesicherte Gläubiger damit erreichen könnte, daß seine Forderungen gedeckt werden, würde er die Abtetung nur als eine leicht zu erfüllende Formalität auffassen 49).

49) vgl. a. Staudinger, 1154,51 2. Abs.

§ 3. Abtretung einer Hypothek oder Grundschuld.

Die Abtretung einer Hypothek oder Grundschuld wird häufig zum Zwecke der Zwischenfinanzierung vorgenommen, bis zu dem Zeitpunkt, an dem die Hypothekenbank die erste Rate ihrer Hypothek auszahlt. Man bedient sich dabei des Instituts der sogenannten vorläufigen Eigentümergrundschuld. Die Hypothekenbanken lassen sich ihre Hypotheken schon alsbald eintragen, damit sie an erster Stelle stehen, sie beginnen aber mit der Auszahlung des Darlehens erst, wenn wenigstens der Rohbau vollendet ist. Solange die Hypothek nicht valutiert ist, steht sie gemäß § 1163 I, 1 dem Eigentümer als Eigentümergrundschuld zu. Diese vorläufige Eigentümergrundschuld tritt der Eigentümer an den Zwischenkreditgeber zur Sicherung von dessen Ansprüchen ab. Das Verfahren ist aber nur bei Briefrechten möglich, da nach einer ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts die vorläufige Eigentümergrundschuld nicht in das Grundbuch eingetragen werden darf 50).

Gegen die rechtliche Konstruktion sind im Schrifttum von einer Seite Bedenken erhoben worden, die jedoch nicht als stichhaltig anerkannt werden können 51) 52). Ackermann geht insbesondere davon aus a.a.O. S. 350,351), daß der Eigentümer nicht den Kreis der vom Gesetz zugelassenen Sachenrechte dadurch erweitern könne, daß er auf Einwendungen dagegen verzichte, daß durch die Valutierung durch den Zessionar (Zwischenkreditgeber) eine andere, als die gesicherte Forderung entstanden sei.

Man muß zugeben, daß die Konstruktion der vorläufigen Eigentümergrundschuld im Gesetz nur eine schwache Stütze findet, sie stellt eben eine Entwicklung dar, gerade bei der Eigentümergrundschuld ist erst nach Erlaß des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine langsame Klärung des Begriffs und der Wirkungen im Einzelnen eingetreten, die heute noch nicht als restlos abgeschlossen gelten kann. Die vorliegend in Frage stehende Rechtsfigur überschreitet nicht den Rahmen einer erlaubten Fortbildung, vor allem entspricht sie einem wirklichen wirtschaftlichen Bedürfnis. Wenn man die vorläufige Eigentümergrundschuld nicht zulassen wollte, würde man den Beteiligten und damit der Allgemeinheit die Zwischenfinanzierung erheblich verteuern, ohne daß zu erkennen wäre, was damit gewonnen sein sollte.

Während es bei der Zwischenfinanzierung der Schuldner ist, der mit der Abtretung Kredit erlangen will, möchte oft auch ein Gläubiger eine ihm bestellte Hypothek oder Grundschuld als Kreditunterlage benützen. Besonders häufig ist dies der Fall im Verhältnis zwischen

---

50) RG 94,80; 97,227; 126,112 (für die Pfändung der vorl. Eigentümergrundschuld) Lent ZAkadDR 37,41.
51) Ackermann DNotZ 36,345 ff.
52) gegen Ackermann der Justitiar der Deutschen Bau- und Bodenbank, Thümmler, BA 35,439; 37/38 470; DNotZ 36,763; Obermair, DNotZ 36,659 ff, Lent ZAkadDR 37,37.

Lokal- und Zentralbankier oder zwischen einer Kreditgenossenschaft und ihrer Zentralkasse, oder wenn ein Lieferant ein ihm von seinem Kunden bestelltes Grundpfandrecht zu Geld machen will.

Mitunter ist der Abtretungsempfänger bei der Ausstellung der Abtretungsurkunde noch nicht bekannt und kann deshalb nicht aufgeführt werden. In solchen Fällen kommt es darauf an, ob man eine Hypothek oder eine Grundschuld blanko abtreten kann. Nach einer früheren Rechtsprechung war dies nicht möglich 54). Allerdings nahm eine spätere Entscheidung an, daß sich aus einer solchen formungültigen Blankozession die Verpflichtung ergeben könne, eine formgerechte Abtretung vorzunehmen 55). Das Reichsgericht hat dann seine Ansicht dahin klargestellt, daß eine Blankozession, wie etwa beim Wechsel, zwar nicht zulässig sei, wohl aber könne eine Vollmacht zur Ausfülung erteilt werden 56) 57). Allerdings wirkt diese Abtretung erst von der Ausfüllung an, was besonders für die Anfechtungsfristen nach der Konkursordnung und dem Anfechtungsgesetz wichtig ist. Es wird sich also empfehlen, die Ausfüllung möglichst bald vorzunehmen.

Wenn der Bank von ihrem Schuldner eine Hypothek oder eine Grundschuld übertragen wird, die diesem von seinem Schuldner bestellt wurde, so kann dies zweierlei Bedeutung haben. Es wäre denkbar, daß die Bank die Rechte beliebig verwerten kann, also auch etwaige Ueberschüsse für sich behalten kann, es kann aber auch so gedacht sein, daß die Bank zwar die Rechte verwerten darf, Ueberschüsse aber an ihren Schuldner abführen muß, d. h., daß die Abtretung nur sicherungshalber geschieht. Wenn nicht eine ausdrückliche Vereinbarung im ersteren Sinne vorliegt, ist die zweite Möglichkeit anzunehmen, denn sie berücksichtigt die Belange des Gläubigers ausreichend und kommt doch auch dem Schuldner entgegen.

1. Abschnitt:

Einwand der Nichtvalutierung.

Wie oben dargelegt, werden oft Grundpfandrechte übertragen, die schon bisher zur Sicherung von Bank- oder Lieferantenkredit dienten und die die Gläubiger ihrerseits als Kreditunterlage benutzen möchten. Meistens bleibt ja der Nominalbetrag der Grundstücksbelastung unter dem Betrag der persönlichen Forderung, damit eine ausreichende „Marge" vorhanden ist, und es fragt sich nun, ob der dritte Eigentümer diesen Umstand dem neuen Gläubiger entgegensetzen kann, wenn dieser die dingliche Belastung in voller Höhe geltend machen will.

Bei der Sicherungshypothek kommen nach § 1185 II i. Vbd. mit §§ 1138,892 die allgemeinen Vorschriften des § 404 auch für die Geltendmachung der dinglichen Belastung zur Anwendung. Für die Verkehrshypothek ist die Regelung in den §§ 1138,892 enthalten, für die

54) RG 63,230 ff, RG JW 28,174.
55) RG LZ 30,318, 21. 9. 29.
56) RG JW 30,61, 3. 10. 39. mit zustimmender Anmerkung von Reinhard, RG LZ 30,657, 12. 2. 30.
57) ebenso Staudinger 1154,35.

Grundschuld in den §§ 1192, 1157, 892. 58) 59). Böser Glaube ist nach § 892 im Gegensatz zu § 932 nur positive Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs. Dabei bringt die Formulierung des § 892 zum Ausdruck, daß der gute Glaube des Erwerbers vermutet wird 60). Ein bedingter Vorsatz ist im Rahmen des § 892 unbeachtlich 61), ebenso grobe Fahrlässigkeit 62). Allerdings kann die allgemeine Regel des § 826 eingreifen 63) 64), „wenn sich jemand den nach Sachlage geradezu aufdrängenden Erkundigungen verschließt" 65). Dabei genügt es nach der herrschenden und richtigen Ansicht zur Anwendung des § 826, wenn der Betreffende mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat 66).

Bei der Beurteilung muß man sehr genau auf die Umstände des Einzelfalles abstellen; es lassen sich dabei vielfach die Gesichtspunkte der §§ 892 und 826 nicht scharf auseinander halten, obwohl sie grundsätzlich wohl voneinander zu scheiden sind 67). In jedem Falle darf der Gläubiger den Schutz der §§ 1157, 892, 1138, 892 nur soweit in Anspruch nehmen, als es zur Deckung seiner eigenen Ansprüche nötig ist 68). Der gute Glaube ist schon dann zerstört, wenn der Gläubiger weiß, daß die Sicherung nur fiduziarisch gegeben wurde, er braucht nicht genu zu wissen, wie hoch sich die Forderungen seines Vormannes belaufen haben 69). Dafür muß es sich um eine glaubhafte Mitteilung handeln, die Mitteilung eines Agenten über einen verwickelten Sachverhalt genügt niét 70). Zahlungen des Drittschuldners muß sich der neue Gläubiger auch dann anrechnen lassen, wenn sie nach der Abtretung, bzw. nadem der Schuldner davon Kenntnis erlangt hat (§ 407)- geleistet wurden 71).

Wenn der Erwerber zwar weiß, daß die Hypothek oder Grundschuld bei seinem Vormann nicht valutiert war, aber angenommen hat, daß dieser – entsprechend einer verbreiteten Uebung – sie von seinem Vormanne bekam, um sie zu Geld zu machen, so kann der Gläubiger nach einer Entscheidung des Reichsgerichts 72) auch in einem solchen Falle den Gutglaubensschutz in Anspruch nehmen. In einem Falle wußte der Erwerber sogar, daß sein Vormann in früheren Fällen, schon die Darlehensvaluta unterschlagen hatte, erkundigte sich trotzdem nicht und erlangte so keine Kenntnis davon, daß auch diese Hypothek nur zum Zwecke der Geldbeschaffung an seinen Vormann gegeben war 73). Das Reichsgericht hat den § 826 nicht angewandt, weil der Erwerber selbst durch Unregelmäßigkeiten seines Vorman-

58) RG JW 01,81; RG Gruchot 58,1042.
59) s. a. O. 4/5.
60) Staudinger 892,59.
61) RG SA 82,301, a. A. BobLG JW 27,807, das aber für seine Ansicht keine Gefolgschaft gefunden hat.
62) RG 135,363.
63) RG 117,189; RG JW 28,102, wo die Frage im Zusammenhang mit Aufwertungssachen erörtert wurde.
64) allgemein Staudinger 892, A. 40 u. 42, RG SA 82,301.
65) Formel von RG SA 82,301; vgl. a. RG SA 83,317 „sich den aufgetauchten Zweifeln geflissentlich verschließen".
66) RG 90,108; 143,51, Enneccerus-Lehmann § 230 IIa, Palandt 826,3a.
67) vgl. das Urteil RG SA 82,301, dort hatte das Berufungsgericht aus § 892 entschieden, das Reichsgericht wandte ohne Zurückverweisung den § 826 an.
69) RG BA 33,73.
70) RG Gruchot 50,992.
71) RG 91,225.
72) RG SA 83,317.
73) RG V. 22. 4. 31., SA 85,360.

nes schwer gefährdet war und nur drei Tage Zeit hatte, um sich selbst zu sichern. Daß er dann nur an seine eigenen Belange dachte und nicht Erkundigungen zugunsten dritter Personen anstellte, hat ihm das Reichsgericht nicht verübelt. Man mag diese Entscheidung für den besonders gelagerten Einzelfall gelten lassen. Es wäre aber gefährlich, sie verallgemeinern zu wollen. Man würde damit auf einem Gebiet die Möglichkeit geschäftlicher Unsauberkeit vergrößern, das ohnehin nicht selten Schauplatz von allerhand Schiebungen ist.

Die Vielzahl der angezogenen Entscheidungen, die oft nicht leicht miteinander in Einklang zu bringen sind, zeigt, wie schwierig die dabei aufgeworfenen rechtlichen und tatsächlichen Fragen snd. Es entsprcht daher nicht nur den Erfordernissen des ordentlien Verkehrs, sondern auch einem wohlverstandenen eigenen Interesse, wenn sich der Erwerber nicht auf den starren Rechtsstandpunkt der §§ 1138, 1157, 892 stellt, sondern sich mit dem Eigentümer tunlichst in Verbindung setzt, wie Koch 74) vorschlägt. Wann diese Erkundigungen angestellt werden müssen und wie weit sie gehen müssen, läßt sich nicht allgemein sagen, die angeführten Entscheidungen mögen einen gewissen Anhaltspunkt geben. Man wird eine vernünftige Mitte einhalten müssen zwischen einer zu leichten Auffassung der Erkundigungspflicht, die im Ergebnis Betrug und Unterschlagung Vorschub leistet, und einer mißtrauischen Haltung, die übersieht, daß die meisten Geschäfte schließlich auf anständiger Grundlage abgewickelt werden.

Wenn eine genossenschaftliche Zentralkasse von einer ihrer Kreditgenossenschaften eine Grundschuld hereinnimmt, wird sie ohne weiteres mit der Gepflogenheit der Banken rechnen müssen, sich Grundschulden zur Sicherung bestellen zu lassen, die meistens nicht zum vollen Nominalbetrag valutiert sind. Der Anwalt des Genossenschaftsverbandes hat in den Blättern für Genossenschaftswesen 32,39 sich ausdrücklich dahin ausgesprochen und man wird entsprechend für andere Banken und andere Geschäftszweige verlangen müssen, daß sie sich der Kenntnis von allgemein bekannten Geschäftsmethoden nicht verschließen dürfen.

Koch meint 75), die Bank werde regelmäßig dahin gutgläubig sein, daß sie annehme, die Hypothek oder Grundschuld sei ihrem Vormanne zum Zwecke der Geldbeschaffung gegeben. Dieser Standpunkt kann in seiner Allgemeinheit keine Billigung finden. Immerhin ist das erwähnte Verfahren nicht die Regel, und es geht nicht an, einen Sonderfall einfach grundsätzlich anzunehmen, nur weil es so dem Erwerber besser paßt. Wenn die Bank auf das erwähnte Verfahren ihren angeblichen guten Glauben stützen will, muß sie irgendwelche Anhaltspunkte dartun, die eine solche Annahme im Einzelfall rechtfertigen würde. Es mag das übrigens ein Fall sein, wo Koch den Stand von Rechtsprechung und Schrifttum nicht richtig vorträgt und so einseitig den Standpunkt der Banken vertritt 76). Dabei stehen diese seine Ausführungen in offenbarem Widerspruch zu den Darlegungen an anderer Stelle, wo er über den Schutz der Bankkunden durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Sicherungszession von Grundpfandrechten berichtet 77).

---

74) Koch 220.
75) Koch Vorbem. S. 220.
76) vgl. Klausing, Rechtsgestaltung . . . S. 25 im Text u. A. 6b = DNotZ 36,446 ff.
77) Koch 160 unter dem unteren b).

2. Abschnitt:

Einwendungen aus dem abgetretenen Grundverhältnis gegenüber dem an sich gutgläubigen Grundschuldgläubiger.

Oft möchte die Bank, wenn sie die Grundschuld übernimmt, auch die persönliche Forderung in die Hand bekommen, was aus den verschiedensten Gründen für sie wichtig sein kann. Ohne die persönliche Forderung kann sie zum Beispiel in das sonstige Vermögen des Schuldners nicht vollstrecken (s. o. S. 6 A. 33) und mit der Grundforderung erlangt sie gemäß § 401 BGB die für diese bestehenden Pfandrechte und Bürgschaften.

Sehr häufig handelt es sich darum, daß die Grundschuld zur Sicherung einer Warenforderung bestellt wurde und diese Ware unter Eigentumsvorbehalt geliefert wurden. Mit der Grundforderung geht dann das Vorbehaltseigentum im Zweifel im Wege der Vindikationszession (§ 931) auf die Bank über, die damit ein neues und u. U. wertvolles Zugriffsobjekt erhält.

In ähnlicher Weise kann die Grundforderung wegen ihrer Verbindung mit zur Sicherung übertragenem Eigentum Bedeutung erlangen. Als sog. fiduziarisches Recht geht das Sicherungseigentum zwar nicht gemäß § 401 ohne weiteres auf den neuen Gläubiger mit der zu sichernden Forderung über, der Zessionar hat aber einen obligatorischen Anspruch gegen den alten Gläubiger auf Uebertragung 78). Man kann Enneccerus-Lehmann 79) nicht allgemein und grundsätzlich für die Sicherungstreuhand zugeben, daß das Vertrauensverhältnis zwischen Fiduziant und Fiduziar eine Uebertragung der zur Sicherung übereigneten Sache nicht vertrage. Ein vorsichtiger Gläubiger wird sich im übrigen mit der Uebertragung der Grundforderung auch die Verpflichtung zur Uebertragung der anderen Nebenrechte geben lassen 80).

Wie oben Seite 3 dargelegt, besteht auch bei der Grundschuld eine Verbindung mit dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis, die den Schuldner zur Rückforderung der Grundschuld, oder im Falle einer Stundung, zur zeitweiligen Verweigerung der Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück berechtigen kann. Es kommt nun darauf an, ob und wie sich die Uebertragung der Grundforderung auf die Rechtsstellung auswirkt, die die Grundschuld dem Gläubiger verschafft.

Diese Frage kann nur unter besonderen Umständen auftreten, vor allem muß die Bank wegen der Einwendungen bezüglich der Grundschuld gutgläubig sein. Wenn die Grundschuld und die Forderung gleichzeitig übertragen wurden, kann es kaum sein, daß man bei den Verhandlungen nicht auf etwaige Differenzen mit dem Drittschuldner zu sprechen gekommen ist. Denkbar wäre es dagegen, daß der neue Gläubiger erst nach der Abtretung der Grundschuld an den bisherigen Gläubiger mit der Bitte herantritt, ihm auch die Grundforderung

---

78) RGR-K 401,1; Palandt 401,d.
79) Enneccerus-Lehmann § 79 III 1 f.
80) vgl. Koch S. 206 Form. 200, S. 207 Form. 202, Nr. 2, S. 209, DB Mantelzession.

zu übetragen. Wenn er erst dann von den Einwendungen erfährt, ändert dies nichts daran, daß er beim Erwerb der Grundschuld gutgläubig war 81).

Beim Wechsel, der auch „abstrakt", d. h. der ursprünglich zu Grunde liegenden Forderung weitgehend getrennt ist, ist die Frage schon häufiger erörtert worden. Die gegen einen Wechsel möglichen Einwendungen sind in Art. 17 WG noch enger begrenzt, als es bei der Grundschuld der Fall ist. Sie sind nur dann statthaft, wenn der neue Gläubiger im Zusammenwirken mit dem alten Gläubiger sie dem Schuldner abschneiden wollte, die Kenntnis des neuen Gläubigers, daß Einwendungen bestehen, genügt nicht. Es kann also häufiger vorkommen, als bei der Grundschuld, daß der Gläubiger das volle Recht erwirbt, obwohl es gegenüber dem früheren Gläubiger mit Einwendungen behaftet war.

Bei der Heranziehung des Wechselrechts darf man die Unterschiede nicht übersehen, die beide sogenannte „abstrakte" Rechtsinstitute voneinander trennen. Der Wechsel ist nach dem deutschen Recht ein von der Grundforderung losgelöstes Recht, neben dem diese nur ein Schattendasein führt, das man erst dann entdeckt, wenn es um die Nebenrechte, insbesondere den Eigentumsvorbehalt oder die Sicherungsübereignung geht. Die Grundschuld setzt zwar nach der landläufigen Erklärung auch keinen Schuldgrund voraus, sie läuft aber nicht, wie die Wechselforderung der Grundforderung parallel, sondern die erstreckt sich auf ein Grundstück, in das der Eigentümer kraft der Grundschuld die Zwangsvollstreckung dulden muß. Der Wechsel dient dem Handelsverkehr und ist auf raschen und häufigen Umsatz berechnet, die Grundschuld gehört dem Grundbuchverkehr an, der trotz aller Mobilisierungstendenzen langsamer und nicht in dem Maßstab auf Gläubigerwechsel eingestellt ist.

Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1908 gegenüber einem Blankowechsel die Einreden aus dem Grundverhältnis zugelassen, wobei es gleichgültig sein sollte, ob das Blankett gleichzeitig mit der Zession oder Nachträglich übergeben wurde 82). Einige Zeit später hatte der 2. Senat folgenden Fall zu entscheiden 83):

> Ein Bankier gab ein Darlehen gegen 136 % Rückzahlung, er ließ sich zur Sicherung das Warenlager und die Außenstände der Firma übertragen und einen Wechsel geben. Der Kläger erwarb den Wechsel und in einer Zessionsurkunde sämtliche Ansprüche aus den Sicherungsverträgen.
>
> Seine Klage aus dem Wechsel wurde abgewiesen.
>
> Es wurden nicht nur die Sicherungen abgetreten, vielmehr die zivilrechtlichen Ansprüche nebst den Sicherungen, rechtlich steht es keineswegs im Belieben des Indossatars, von seiner Zessionareigenschaft abzusehen, vielmehr hat sein Wechselrecht durch den abgetretenen Grundanspruch ein der willkürlichen Aenderung entzogenes Gepräge erhalten. Als Gegenseite der Vorteile muß der Indossatar die Folgerungen daraus ziehen.

81) vgl. 892 II, Staudinger 929,37a.
82) RG I 68,418.
83) RG 19. 9. 13. RG 83,97 ff. JW 13, 110 = D Jurist Z 13,1385.

Der erste Senat hat kurz darauf den Satz nur dann gelten lassen, wenn die Zession der Grundforderung gleichzeitig mit der Uebertragung des Wechsels geschieht 84).

> Irgend eine Verbindlichkeit, die Verpflichtungen des früheren Gläubigers gegenüber der Beklagten zu erfüllen, hat die Klägerin nicht übernehmen wollen und nicht auf sich geladen, dies wird auch von der Beklagten nicht behauptet. Wie nun durch den Erwerb einer zusätzlichen Sicherung die bis dahin einwandfreie Wechselforderung mit Einreden behaftet werden sollte, ist unerfindlich.

Am 8. 6. 34 hatte sich der 2. Senat wiederum mit der Frage zu befassen und hat sich nach erneuter Prüfung, insbesonders auf die im Schrifttum erhobenen Bedenken hin, zu keiner anderen Ansicht veranlaßt gesehen 85) 86).

Im Schrifttum sind die Ansichten geteilt. Staub-Koenige folgt in der 13. A. 363,13 dem Reichsgericht für den Fall des gleichzeitigen Erwerbs von Wechsel und Grundforderung, in der 14. Auflage vertritt Gadow den gegenteiligen Standpunkt. Weiter stimmt dem Reichsgericht zu Michaelis Art. 82,6, ohne einen Unterschied zu machen, ob die Grundforderung gleichzeitig mit dem Wechsel oder erst nachträglich übertragen wurde, ebenso Quassowski-Albrecht Art. 17,30. Gegen das Reichsgericht ist v. Tuhr S. 131 Note 173, weil die Verpflichtungen des Gläubigers nicht auf den neuen Gläubiger übergingen, und Rilk, 105, weil die wechselrechtlichen Vorschriften gegenüber dem § 404 Sondervorschriften seien.

Der Verfasser möchte der Ansicht folgen, die der zweite Senat des Reichsgerichts in seinen Urteilen niedergelegt hat 87), ohne verkennen zu wollen, daß unsere Frage eine von jenen sein mag, über die sich eine unbedingt zwingende Auffassung vielleicht kaum begründen läßt.

Die vom Reichsgericht im Urteil vom 22. 12. 13 angestellte Erwägung, die auch v. Tuhr a.a.O. wieder aufnimmt, kann nicht überzeugen. Man muß zwischen der Abtretung eines einzelnen Forderungsrechtes und dem Eintritt in den gesamten Vertragskomplex unterscheiden 88). Nach dem geltenden Recht kann bei einem gegenseitigen Vertrag die Forderung auf die einzelne im gegenseitigen Austauschverhältnis stehende Leistung grundsätzlich don der Person des

---

84) RG22.12.13., LZ 14,753 = Recht 14,704.

85) JW 34,2551 = BA 34,85, zust. Anm. von Neuschäffer in der JW.

86) Der Ansicht der Reichsgerichts passen sich die neuen aGB der Wirtschaftsgruppe Private Banken Ziff. 44 an, vgl. Koch 10. A. S. 41. Bei akzeptierten Wechseln soll – im Gegensatz zu den aGB bei Koch 8. A. S. 23 Ziff. 15 – die Grund-Forderung nur noch auf Verlangen auf die Bank übertragen werden. Die Bank kann sich also überlegen, was für sie vorteilhafter ist. – Eine eigene Stellungnahme zu dem Problem bringt Koch 10. A. nicht.

87) Nach einer – unveröffentlichten – Entscheidung des 2. Senats vom 7.1.39. II 96/38 gehen im Falle der Gesamtrechtsnachfolge die Einwendungen aus dem Grundverhältnis auch auf den neuen Gläubiger über, im übrigen bedürfe es keiner Erörterung, wie die Rechtslage wäre, wenn es sich um einen Einzelnachfolger gehandelt hätte, unsere Frage wird also offen gelassen. Ein solches Offenlassen ist nicht selten ein Anzeichen dafür, daß die Rechtsprechung u. U. zu einer anderen als der bisher vertretenen Beurteilung neigen könnte.

88) Enneccerus-Lehmann § 78 II, 2, § 87; Palandt 398,4.

ursprünglichen Vertragspartners gelöst und auf einen anderen übertragen werden. Bei einem Kauf etwa kann regelmäßig die Kaufpreisforderung oder die Lieferungsforderung übertragen werden, damit wird aber der neue Gläubiger nicht Verkäufer bzw. Käufer. In die gesamte Rechtsstellung seines Vormannes kann er nur mit Zustimmung des anderen Vertragsteils eintreten 89).

Auf einer anderen Ebene liegt es, wenn der Schuldner trotzdem im gegebenen Falle dem neuen Gläubiger die Einrede entgegenhalten kann, der alte Gläubiger habe den Vertrag nicht erfüllt 90) oder die gelieferte Ware sei mangelhaft gewesen. Der Schuldner verlangt in diesem Falle von dem neuen Gläubiger nicht ein positives Tun, sondern er macht gegenüber der Forderung eine Sperrwirkung geltend.

Eine andere Frage wäre es, ob es für den Schuldner wünschenswert und sachgemäß ist, wenn die Ausgliederung der einzelnen Forderung dazu führt, daß der Schuldner sich mit einem Gläubiger über Dinge streiten muß, die dieser selbst nicht kennt und über die er sich erst bei seinem Schuldner-Sicherungsgeber erkundigen muß. Wenn dieser Umstand für den Drittschuldner eine Belastung ist und ihn nicht etwa als den besser Unterrichteten verhandlungstaktisch günstiger stellt, so kann jede Abtretung diese Nachteile im Gefolge haben, warum gerade in unserem Falle dies für den Schuldner besonders lästig sein sollte, ist nicht einzusehen. Entscheidend für ihn dürfte wohl sein, daß er die Einwendungen überhaupt geltend machen kann. Wenn er trotzdem zu der Auffassung gelangen sollte, daß er sich lieber mit dem Lieferanten (– früheren Gläubiger –) unmittelbar ins Benehmen setzen sollte, so mag er seinen Vortrag und die Anträge im Prozeß danach einrichten, grundsätzliche Bedenken gegen die Zulassung der Einwendungen lassen sich aber m. E. daraus nicht herleiten.

Auch die weitere Erwägung von RG LZ 14,753, daß nicht einzusehen sei, wie eine bis dahin einwandfreie Wechselforderung mit Einreden behaftet werden sollte, kann nicht überzeugen. Gewiß muß der Wechselschuldner damit rechnen, daß er im Regelfall mit seinen Einwendungen aus dem Grundverhältnis nicht gehört wird, aber man darf doch nicht vergessen, daß die Zurückdrängung der Einreden nicht Selbstzweck ist, sondern nur dem redlichen Verkehr dienen soll. Wenn sich Wechsel und Grundforderung in einer Hand vereinigen, hat der Gläubiger zu verstehen gegeben, daß er sich näher mit dem Schuldner abgeben will, als er dies auf Grund des Wechsels an sich tun müßte, seine Gläubigerstellung ist dann nicht mehr die unpersönliche Stellung, derentwegen der Wechsel „abstrakt" gestaltet wurde. Zwar mag damit dem Schuldner u. U. ein nicht erwarteter Gewinn in den Schoß fallen, daß er jetzt die Einwendungen auch gegen den Wechsel geltend machen kann. Dies dürfte aber m. E. nicht entscheidend sein. Man überlege zum Beispiel, daß auch bei einer

89) Enneccerus-Lehmann § 78 III, 4.
90) Enneccerus-Lehmann a.a.O., der allerdings von Einwendungen gegenüber dem „Abtretenden" spricht, dies dürfte aber, obwohl es in S. XXV nicht erwähnt ist, ein Druckfehler sein, denn sonst wäre die ganze Bemerkung und insbesondere der zweite Satz unverständlich.

Löschungsvormerkung nach § 1179 (s. unten § 6) ist es für den Vormerkungsberechtigten häufig auch ein barer Zufall, ob eine Vorbelastung getilgt wird oder nicht.

Die Begründung von Rilk kann man ebenfalls nicht anerkennen. Sicher ist Art. 17 WG eine Sondervorschrift, ob aber diese Sondervorschrift gegenüber dem allgemeinen § 404 in unserem Fall Platz greift, oder nicht vielmehr mit der Zession der Grundforderung auch für den Wechsel wieder die allgemeinen Vorschriften gelten müssen, ist die Frage.

Wenn es für den Gläubiger so wesentlich ist, die Einwendungen aus dem Grundverhältnis zu vermeiden, soll er sich dieses nicht übertragen lassen, mit den Vorteilen der Grundforderung muß er auch deren Nachteile auf sich nehmen (vgl. a. RG 83, 97 ff). Außerdem ist nach herrschender und richtiger Ansicht der § 404 nicht zwingendes Recht 91), der Schuldner kann also darauf verzichten, die Einwendungen dem neuen Gläubiger gegenüber geltend zu machen. Auch die Uebertragung der Sicherungen allein könnte den neuen Gläubiger nicht vor den Einwendungen aus dem Grundverhältnis schützen. Er würde ja die Sicherungen nur im Rahmen der Stellung seines Vormannes erwerben und dann wäre eben das Sicherungsverhältnis das unmittelbar zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner bestehende Rechtsverhältnis 92). Ebensowenig kann eine Rückübertragung der Grundforderung für die Zeit helfen, in der der Wechsel geltend gemacht werden soll. Man könnte dies nur als eine Umgehung der nach unserer Auffassung bestehenden Rechtslage ansehen, die gemäß §§ 826, 249 unwirksam bleiben müßte.

Ob die Grundforderung gleichzeitig mit dem Wechsel oder erst nachträglich übertragen wird, kann keine Rolle spielen. Eine andere Ansicht wäre zudem wenig zweckmäßig, denn man würde damit nur einen Anreiz schaffen, möglichst die Grundforderung erst nachträglich abzutreten. Ein innerer Grund, eine nachträgliche Zession anders als die gleichzeitige zu behandeln, ist im übrigen nicht ersichtlich. Mit Recht weisen Michaelis und Neuschäffer a.a.O. darauf hin, daß die Entscheidung RG I LZ 14,753 von dem Urteil RG 83,97 einfach abweicht.

Wenn man die vorstehend entwickelte Auffassung auf die Grundschuld überträgt, ergibt sich, daß die Einwendungen aus dem abgetretenen Grundverhältnis nicht mehr als Einwendungen gegen den bisherigen Gläubiger gelten und deshalb nicht mehr dem § 892 unterliegen, sondern als Einwendungen gegen den gegenwärtigen Gläubiger, die der Schuldner ohne die Schranken des § 892 gegen diesen geltend machen kann.

Bei der Hypothek ist die Sachlage anders. Die Hypothek kann nicht ohne die persönliche Forderung übertragen werden gemäß § 1153 II. Um die Gefahren aus den Einwendungen gegen die Grundforderung auszuschließen, bestimmt der § 1138 für die Verkehrhypothek, daß in Ansehung der Hypothek der § 892 auch für die Forderung gilt. Es ist also für die Hypothek gesetzlich festgelegt, daß der Schuldner Einwendungen aus der persönlichen Forderung gegen einen gut-

---

91) RG 71,32 = JW 09,310; RG 77,159 = SA 71,793, wo beidesmal aus einer „Annahme" der Zession ein Verzicht auf etwaige Einwendungen entnommen wurde. Enneccerus-Lehmann § 79 II,2; Palandt 404,1d.

92) so auch Schütz, BA 33,387.

gläubigen Erwerber nicht geltend machen kann. Dies braucht aber nicht gegen die von uns hinsichtlich der Grundsuld vertretenen Auffassung zu sprechen. Der § 1138 ist nicht um der persönlichen Forderung willen geschaffen, sondern nur wegen der dinglichen Belastung, die man verkehrsfähig gestalten wollte. Die Grundschuld ist ohnehin nach den § 1191, 1192 weitgehend von der Grundforderung unabhängig, wenn sich der Gläubiger trotzdem mit der persönlichen Forderung von sich aus befaßt, muß er die Gefahr etwaiger Einwendungen abwägen.

3. Abschnitt :
Die Verwertung der zur Sicherung bestellten oder übertragenen Grundpfandrechte.

Wie der Gläubiger die zu seiner Sicherung bestellte oder übertragene Hypothek oder Grundschuld verwerten kann, richtet sich nach den Vereinbarungen der Parteien. Der Gläubiger kann dabei erheblich freier gestellt werden, als es nach den Pfandvorschriften möglich ist, denn die Bestimmungen der §§ 1234 ff, 1291,1284, 1277,2, 1245 II finden in diesem Falle keine Anwendung 93). Der Gläubiger kann nicht nur die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des Grundstücks betreiben, es kann auch mit rechtlicher Wirkung vereinbart werden, daß er seine Rechte im Wege der freihändigen Abtretung verwerten kann 94). Wenn die Bank die Grundschuld „nach ihrer Wahl" verwerten kann, darf sie – unter genügender Rücksichtnahme auf die Belange des Schuldners – diese auch dann zu dem ganzen Nominalbetrag abtreten, wenn die zu sichernde persönliche Schuld geringer war 95). Wann der Gläubiger zur Verwertung berechtigt ist, hängt wiederum von den getroffenen Vereinbarungen ab. Koch und die vogenannten Entscheidungen setzen Verzug voraus, nach den neuen aGB (Koch 10. A. S. 4 ff) § 21 III mit II soll dies nicht mehr nötig sein. Man wird gegen diese Bestimmung nichts einwenden können, denn sogar beim Pfandrecht ist die Pfandreife nicht unbedingt Voraussetzung der Einziehungsbefugnis des Gläubigers. (§§ 1234, 1282 I, 1228 II).

4. Abschnitt :
Verpflichtung des Gläubigers, bei der Verwertung auch die Belange des Schuldners wahrzunehmen, Abdingung durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen, Monopolausnützung.

Mit der Sicherungsabtretung verliert der Schuldner die Befugnis, aus eigenem Recht über die zur Sicherung abgetretene Forderung zu verfügen. Der § 407 BGB ist nur eine Schutzvorschrift zugunsten des Drittschuldners, die dieser allerdings in den in Frage stehenden Verhältnissen meistens geltend machen kann, denn die Banken zeigen die

93) RG 143,113 ff., 118 = JW 34,685; RG JW 36,2310.
94) RG JW 28,2784; RG 143,117, RG JW 36,2310; Staudinger 1191,6; vgl. a. Koch 170,171, Koch 10. A. aGB § 21 III.
95) RG JW 36,2310 = BA 35,364.

Zession regelmäßig solange nicht an, als sie ihren Schuldners noch für „gut" halten. Im Innenverhältnis zwischen dem Gläubiger-Sicherungsnehmer und dem Schuldner-Sicherungsgeber hängt es von den zwischen ihnen getroffenen Vereinbarungen ab, ob der Schuldner weiter eine Einziehungsbefugnis haben soll 96). Bei der „stillen" Zession soll der Schuldner regelmäßig das Recht und die Pflicht haben, für die Einziehung der Außenstände selbst zu sorgen, denn sonst müßte der Gläubiger praktisch den gesamten Geschäftsbetrieb des Schuldners führen. Auch bei der Sicherungsabtretung von Hypotheken und Grundschulden wird der Gläubiger seinem Schuldner oft die Einziehung überlassen, besonders, wenn die zu sichernde Forderung eine Kontokorrentforderung ist, wie in den oben Seite 16, 17 erwähnten Fällen.

Wie dem auch sei, ob sich der Gläubiger allgemein die Einziehung selbst vorbehalten hat, oder ob er nur in einem Einzelfall die Verwertung der Forderung selbst vornimmt, jedesmal vertritt er dann zwei Interessenkreise 97), neben seinen eigenen werden auch die Belange des Schuldners berührt, der Gegenstände aus seinem Vermögen auf den Gläubiger übertragen hat, deren Wert wesentlich von der Art und Weise des gläubigerischen Vorgehens abhängt. Das eigene Interesse des Gläubigers wird regelmäßig dann aufhören, wenn seine Forderung gedeckt ist, er kann dann leicht in die Versuchung kommen, etwa einen im Ergebnis für den Schuldner ungünstigen Vergleich mit dem Drittschuldner abzuschließen, überhaupt besteht die Gefahr, daß der Gläubiger dann in seinem Vorgehen gegen den Drittschuldner erlahmt, wenn seine Forderung gedeckt ist. Hier greift die Rechtsprechung des Reichsgerichts ein mit der Forderung, daß der Gläubiger bei der Einziehung auch die Belange des Schuldners-Sicherungsgebers wahren solle 98). Staudinger 99) prägt die Formel:

> Die Sicherungsabtretung begründet ein Treuverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner und enthält einen Auftrag für den Gläubiger, neben seinen eigenen auch die Belange des Schuldners wahrzunehmen, insbesondere auch für die ordnungsgemäße Verwertung und Beitreibung bei Meidung eigener Haftung zu sorgen.

Es ist nicht zu verkennen, daß diese Rechtsprechung u. U. zu Streitigkeiten und Schwierigkeiten führen kann. Wenn die Bank zur Verwertung ihrer Sicherheiten übergeht, tut sie dies meistens erst dann, wenn der Schuldner schon schlecht steht, in einer solchen Lage sind diese manchmal in ihren Mitteln wenig wählerisch und versuchen, auch mit zweifelhaften Mitteln irgend etwas herauszuschlagen, dabei

---

96) Dem Schuldner gewähren die Einziehungsbefugnis die neuen aGB § 19 VI und Koch 210, wonach der Schuldner „bis auf Widerruf" als Treuhänder des Gläubigers zur Einziehung verpflichtet (und damit berechtigt) ist.
Wenn sich der Gläubiger des Einziehungsrechts vollständig und dauernd begibt, tauchen regelmäßig Zweifel an der Ernstlichkeit und Wirksamkeit der Abtretung auf vgl. RG 133,234 = JW 32,397, RG JW 32,1965 u. 3174, RG JW 36,1953.

97) Ueber diese Interessenkollision vgl. a. Klausing, Fiduziarische Rechtsgeschäfte in: Rechtsvergl. Handwörterbuch III. S. 368 ff. insbesondere S. 371,372.

98) RG 76,345; 116,330; RG JW 27,2295, RG HRR 29,495; RG BA 34,14 = WarnR 34, Nr. 77, dort als st. Rspr. bezeichnet.

99) Staudinger 1154,51.

kann die Entscheidung im Einzelfall tatsächlich schwierig sein, ob die Bank mit dieser oder jener Maßnahme einen Fehler begangen hat oder nicht, es ist oft Ansichtssache, ob etwa ein Vergleich oder ein Ratenzahlungsabkommen richtig und zweckmäßig war.

Diesen Gefahren versuchen die Banken zu begegnen. Nach einer Mantelzessionserklärung 100) soll die Bank „nach billigem Ermessen alle Maßnahmen treffen können, die sie zur Einziehung der Forderung für zweckmäßig hält, dabei wird sie dieselbe Sorgfalt anwenden, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt." Weiter gehen die Bestimmungen bei Koch 217 und DB Lebensversicherungsabtretung, daß „der Schuldner alle Maßnahmen und Vereinbarungen, welche die Bank bei der Verwertung ihrer Rechte trifft, ohne Einrede als für sich geltend anerkennt", oder Koch, Seite 208 Z. 3, daß „der Schuldner alle Maßnahmen und Vereinbarungen als für sich verbindlich anerkennt und die Bank schon jetzt für alle Fälle von jeglicher Haftung wegen etwa nicht rechtzeitiger oder nicht ordnungsgemäßer Einziehung der Forderung entbindet".

In den Formularen ist die Unterlassung von Maßnahmen nicht aufgeführt, man wird aber annehmen müssen, daß solche Fälle von dem Haftungsausschluß auch gedeckt werden sollen und die Maßnahme dann darin besteht, daß keine Maßnahme vorgenommen wird. Die Möglichkeiten unterscheiden deutlich jetzt die neuen aGB (Koch 10.A. S. 4 ff) § 21 II,3,4, 21 III,3, „eine Verpflichtung zum Einzug sowie eine Haftung für seine Durchführung übernimmt die Bank nicht" 101).

Es ist zu prüfen, ob eine solche Freizeichnung zulässig ist. Man muß dabei unterscheiden, ob die Bank für die Unterlassung etwaiger Beitreibungsmaßnahmen haftbar gemacht werden soll, oder ob sie, wenn sie einmal die Verwertung selbst in die Hand genommen hat, für die Richtigkeit und Zweckmäßigkeit ihrer Maßnahmen einstehen muß.

Darf der Schuldner selbst die Forderung einziehen, so besteht für ihn keine Gefahr, wenn der Gläubiger Beitreibungsmaßnahmen unterläßt, dann braucht man den Gläubiger insoweit nicht zur Wahrung der Belange des Schuldners für verpflichtet zu halten, und es ist bei einer solchen Sachlage unbedenklich, wenn die Formulare sagen, daß die Bank keine Verpflichtung zum Einzug übernimmt. Eine Haftung für unterlassene Beitreibungsmaßnahmen ist demnach notwendig davon abhängig, daß dem Schuldner die Einziehung verboten ist 102), und dieses Verbot vermeidet man meistens aus der Erwägung heraus, daß der Schuldner die Verhältnisse besser kennt und man sich möglichst nicht mit den Forderungen befassen will. 103).

Es ist nun zu prüfen, ob der Haftungsauschluß für den Fall möglich ist, daß die Bank in einem einzelnen Falle selbst die Verwertung übernommen hat. In der Rechtsprechung ist man gegen Freizeichnungsklauseln durch enge Auslegung (RG 142,353, vgl. a. die Ausführungen S. 12 oben) vorgegangen und, wenn das nicht möglich er-

100) Koch 10. A. 296, DB Mantelzession
101) In den alten aGB § 24 VI war die entsprechende Klausel wesentlich enger, über die Aenderung bringt Koch keine Anmerkung.
102) vgl. Koch 10. A. S. 27 Anm. 3 am Ende zu § 19 VI aGB.
103) vgl. Koch a. a. O.

schien, unter dem Gesichtspunkt einer sittenwidrigen Monopolausnutzung nach § 138 BGB 104). Man hat diesen Tatbestand dann für erfüllt angesehen, wenn

> jemand unter Mißbrauch einer Machtstellung dem allgemeinen Verkehr von den allgemeinen und angemessenen Bedingungen abweichende Bedingungen, etwa den Verzicht auf rechtmäßig begründete Ansprüche vorschreibt,

oder, wenn

> der Monopolinhaber unter Umkehrung der vom Gesetzgeber gewollten und vom Verkehr als billig empfundenen Rechtslage sich unverhältnismäßige Vorteile ausbedingt 105).

Im allgemeinen ist die Rechtsprechung mit der Annahme einer sittenwidrigen Monopolausnutzung zurückhaltend gewesen 106). Die Vorschrift des § 138, aus der man die Entscheidungen herleitet, ist ein Ausnahmefall im Rahmen der sonst nach dem Gesetz herrschenden Privatautonomie. Man muß sich aber darüber im klaren sein, daß man mit den bisherigen Denkformen, die vorwiegend auf das Denken in Einzelverträgen abgestellt sind, das Wesen und die Wirklichkeit der durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelten Verhältnisse nicht voll erfassen kann. In zwei umfangreichen, bereits angeführten Veröffentlichungen 107) ist der Versuch einer neuen Erkenntnis der allgemeinen Geschäftsbedingungen gemacht worden, wie aber gerade etwa der Schlußabschnitt bei Haupt zeigt, stehen wir zur Zeit noch am Anfang einer solchen neuen Wertung.

Soviel dürfte jedenfalls klar sein, auf vielen Gebieten des wirtschaftlichen Lebens machen sich formularmäßige Haftungsausschlüsse aller Art breit, die die vom Gesetz als Regel gedachte Rechtslage abdingen und praktisch weitgehend zur Ausnahme machen. Aufgabe der Rechtsordnung und besonders der Rechtsprechung ist es, diese Freizeichnungen auf durchgreifende, aber maßvolle Weise auf einen vernünftigen Grad zurückzuführen. Welche Rechtsvorschrift man dabei zur Grundlage seines Vorgehens macht, ob man mit der bisherigen Rechtsprechung den § 138 anwendet oder mit Raiser 108) auf eine allgemeine Grenze der Vertragsfreiheit zurückgeht, ist dann eine Frage zweiter Ordnung. Methodisch erscheint es richtiger und vorsichtiger, von den sicheren Grundlagen der bisherigen Rechtsprechung mit dem Blick auf das Neue weiter zu bauen, aus einer veränderten Auffassung über das Verhältnis von Staat, Rechtsordnung und Wirtschaft zu-

---

104) Raiser 302 ff, vgl. RG 99,107 für eine Freizeichnungsklausel bei Spediteuren, mit Rücksicht auf die Unsicherheit in der Kriegszeit verneinte das Reichsgericht die Sittenwidrigkeit bejahte sie dann in RG 106,386, ebenfalls eine Speditionssache. Eine Uebersicht über die Rechtsprechung bringt RG 143,24, eine Erwähnung in dem Himmelsbach-Urteil RG 155, 257 ff. unter e).

105) Formeln von RG 143,24.

106) Raiser 307.

107) Raiser und Haupt, vgl. a. die Aufsätze von Großmann-Doerth, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft . . ., 1933, u. Klausing, Rechtsgestaltung u. Rechtsschöpfung . . ., 1936.

108) Raiser § 27.

einander darf und muß man dabei heute eine Klausel u. U. eher in ihrer Wirkung beschränken, als man es früher vielleicht getan hätte 109).

Das eigentliche Kernproblem ist meistens die Frage, ob derjenige, der eine verdächtige Klausel eingeführt hat, eine Monopolstellung einnimmt. Leitend muß sein, ob für den Anderen eine gangbare Möglichkeit bestand, sich den Wirkungen des angeblichen Monopols zu entziehen.

Man darf es bei der Beurteilung nicht zu sehr auf die Umstände des einzelnen Kunden, insbesondere auf subjektive Merkmale, abstellen. Gerade die subjektive Seite eines Tatbestands läßt sich oft nur schwer und unzureichend klären, es läuft dann auf eine Beweisfrage hinaus, die die Praxis wohl oder übel doch wieder mit allgemeinen Regeln und Erfahrungssätzen zu meistern suchen würde. Das Eigenartige der allgemeinen Geschäftsbedingungen ist außerdem ja gerade die Typizität, mit der sie Geschäftsinhalt werden, und diese Gleichartigkeit und Massenhaftigkeit erfordert es, daß es auch in der rechtlichen Beurteilung mehr auf die allgemeine Lage des betreffenden Kundenkreises ankommt 110).

Bei den Banken besteht nicht für alle Kreise gleichmäßig die Notwendigkeit, sich ihrer Dienste zu bedienen. Für unseren Fall des Haftungsausschlusses bei der Verwertung von Sicherheiten stehen solche Kunden in Frage, die irgendwelchen Kredit von der Bank genommen haben. Während sich die Seite der Einleger der Bank aus mannigfachen Schichten der Bevölkerung zusammensetzt und meist auf kleinere Beträge verteilt, ist das Aktivgeschäft durchweg auf gewerbliche Unternehmer aller Art beschränkt, die in verhältnismäßig größeren Beträgen den Kredit der Banken in Anspruch nehmen. Für diese Schicht von gewerblichen Unternehmern, die vom kleinen Handwerker bis zum großen Industriekonzern gehen kann, ist also festzustellen, ob die Banken ihnen gegenüber eine Monopolstellung innehaben.

Daß solche Unternehmen nicht ohne eine Bankverbindung auskommen können, dürfte wohl kaum zu bestreiten sein. Sie benötigen die Dienste der laufenden Abteilungen für den Scheck- und Ueberweisungsverkehr, für die Wechsel- und Effektengeschäfte und einen Betriebskredit können sie praktisch auch nur von einer Bank bekommen, wenn er nicht von befreundeter oder interessierter Seite zur Verfügung gestellt wird. Manche Geschäfte, besonders Devisensachen, sind sogar rechtlich gewissen, sogenannten Devisenbanken, vorbehalten.

Wenn man sich ein Konto eröffnen läßt, bekommt man ein umfangreiches Formular mit den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank in die Hand gedrückt, das der Kunde nur in den seltensten Fällen auf seine Tragweite durchzugehen versuchen wird. Er nimmt die allgemeinen Geschäftsbedingungen als ein Fatum auf sich, in dem Bewußtsein, daß er doch nichts machen kann.

Die hier in Frage stehenden aGB sind von der Wirtschaftsgruppe Privates Bankgewerbe – Zentralverband des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes – herausgegeben und werden dort einheitlich an-

109) vgl. Raiser 296.
110) Raiser, 285/86.

gewandt 111); ob auch andere Banken unsere Klausel führen, ist nicht entscheidend 112), man kann dem Kunden nicht zumuten, die Bedingungen aller Banken durchzugehen und die Wahrscheinlichkeit, daß diese oder jene Klausel zur Anwendung kommen werde, gegeneinander abzuwägen. Den Bedingungen der Wirtschaftsgruppe gegenüber befindet sich der Kunde in einer Zwangslage, die ihm keinen anderen Ausweg läßt, als sie anzunehmen. Damit ist festgestellt, daß die beteiligten Banken eine Monopolstellung inne haben.

Raiser, 314, läßt die Frage der Monopolstellung der Banken offen, er beschränkt sich auf einen Bericht der bisherigen Urteile und Aufsätze. Der von ihm angeführte Stieglitz 113) verneint die Frage nur, weil die Banken (damals) noch keine einheitlichen Bestimmungen hatten, müßte also folgerichtig jetzt die andere Ansicht vertreten. Das Reichsgericht hat in einem Urteil aus dem Jahre 1914 die Frage der Monopolstellung nicht prüfen brauchen, weil es damals einen Mißbrauch nicht als gegeben ansah 114). Ueber die aGB allgemein hat es ausgeführt:

> Es muß festgehalten werden, daß die Bestimmungen der aGB durch die Bedürfnisse des Bankverkehrs ins Leben gerufen sind und hierin, wie ihre Berechtigung, so auch ihre Grenze finden. Eine Vereinbarung, die der Bank das Recht gibt, auf Kosten der Kunden ihre verkehrsmäßigen Pflichten einfach zu vernachlässigen, würde gegen die guten Sitten verstoßen und deshalb unwirksam sein.

In einem Urteil aus dem Jahre 1926 hat das Oberlandesgericht Darmstadt eine Freizeichnung für falsch abgewickelte Ueberweisungsaufträge für eine sittenwidrige Monopolausnutzung erklärt 115). Zur weiteren Rechtfertigung unserer Ansicht mag es dienen, daß das Reichsgericht bei zwei Entscheidungen über die Spediteurbedingungen auch nur eine „gewisse" Monopolstellung verlangt hat oder „gewissermaßen" eine Monopolstellung 116).

Es ist nun zu erörtern, ob die in den Formularen oben Seite 27 enthaltene Haftungsbeschränkung einen Mißbrauch der Monopolstellung darstellen. Die zunächst bezeichneten Vordrucke erscheinen nicht unbillig. Sie sollen den Gefahren begegnen, wie sie oben S. 26/27 dargelegt wurden und gehen nicht über das Maß dessen hinaus, was als gerecht und billig gelten kann. Andererseits kann die Bank mit der Berufung auf ihr billiges Ermessen und die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten alle Einwendungen des Schuldners über die Art

---

111) Die Tatsache einer (ungefähr) gleichmäßigen Anwendung genügt, eine Verpflichtung hierzu braucht nicht zu bestehen, denn, wie Raiser, 285, einleuchtend bemerkt, ist die Ohnmacht des Kunden gleich, ob die Uebereinstimmung auf einer Verpflichtung beruht oder nicht. Außerdem müßte die Gegenansicht den Kunden in erhebliche Beweisschwierigkeiten bringen, denn wie sollte er, der Außenstehende, interne Abmachungen über die Anwendung von aGB dartun?

112) die Gen. aGB Abschnitt V Ziff. 4 lassen die Einziehung „nach dem Ermessen" der Bank zu.

113) BA 28,62.

114) RG LZ 14,385 = JW 14,204.

115) JW 26,2708.

116) RG 102,326; 103,82.

und Weise der Einziehung abschlagen, die unsubstantiiert und gesucht sind. Bei dem § 21 des neuen aGB möchte der Verfasser dazu neigen, ihn nicht in vollem Umfang für wirksam zu erachten.

Eine allgemeine Freizeichnung von jeder Haftung für die Einziehung und Verwertung ist ungerecht und unbillig, denn die Rechtsprechung hat ja gerade die ganze Auftragskonstruktion aus dem Bedürfnis heraus entwickelt, den Belangen des Schuldners gerecht zu werden und deshalb den Gläubiger zur Wahrung auch der Interessen des Schuldners-Sicherungsgebers verpflichtet.

Der Haftungsausschluß in so weitgehender Form läßt sich auch nicht mit Notwendigkeiten des Betriebes begründen. In den aGB ist sonst manchmal auf das „beste Ermessen" abgestellt (§ 9, I; 12,1), manchmal auf die „sorgfältige" Prüfung unter Beschränkung auf eine gewisse, niedrig bemessene Haftung (5 I, II, III, 9 II, 24 I,2) (Aehnlich die Girobestimmungen der Reichsbank § 8 II u. IV). Der Vorspruch der neuen aGB weist darauf hin, daß die Vergütungen, die die Bank aus dem laufenden Verkehr der Ueberweisungen, aus dem Wechsel- und Effektenverkehr usw. in ein tragbares Verhältnis gebracht werden müssen, mit dem Umfang einer im gegebenen Falle drohenden Haftung.

Man mag diese Erwägung gelten lassen, in unserem Falle sind aber die Sicherheiten auf die Höhe des Kredits abgestimmt, für den die Bank in Form von Zinsen, Provisionen usw. ihre Einnahmen hat. Auch die Massenhaftigkeit, mit der die Geschäfte der laufenden Abteilungen anfallen, kann nicht für unseren Fal herangezogen werden. Eine Haftung für den vollen Umfang des durch eine unsachgemäße Einziehung entstandenen Schadens erscheint daher tragbar. Was den Haltungsmaßstab angeht, so wurde bereits oben dargelegt, daß eine gewisse Freizeichnung nicht beanstandet werden kann. Nur insoweit wäre die Bestimmung der neuen aGB §§ 21 II,3,III,3 anzuerkennen.

Die Begründung für die Teilnichtigkeit hat die Rechtsprechung, soweit sie sich darüber Rechenschaft abgelegt hat, aus § 139 entnommen 117). Die Schwierigkeit besteht dabei darin, die Vorschrift des § 139 in den Fällen einer Monopolausnutzung in umgekehrtem Sinne anzuwenden, als sie vom Gesetz als Regel gedacht ist. Daß nur der beanstandete Teil des Vertrages nichtig sein kann, ist im Ergebnis klar, denn sonst würde man den Kunden u. U. stärker benachteiligen, wie wenn der Vertrag als Ganzes besthen geblieben wäre.

117) Raiser 319 ff. vgl. über das Problem a. Klausing, „über das Diskontgeschäft der Reichsbank", JW. 34,930 ff., 933/934.

§ 4. Die Verpfändung eines Grundpfandrechts.

Da der Gläubiger bei der Sicherungsabtretung, besonders hinsichtlich der Verwertungsmöglichkeiten eine größere Bewegungsfreiheit hat (s. o. S. 25), ziehen die Banken im allgemeinen die Sicherungsabtretung der Verpfändung vor 118).

Die Verpfändung einer Hypothek oder Grundschuld geschieht nach §§ 1274, 1291, 1154 durch die dingliche Einigung, die bei einem Briefrecht in schriftlicher Form von seiten des Verpfänders belegt sein muß, und Uebergabe des Briefes bzw. Eintragung im Grundbuch. Eine Vereinbarung, daß bei Verzug des Schuldners das Recht dem Gläubiger anheim fallen soll, ist im voraus nicht möglich (§§ 1277,2, 1229), ebensowenig kann man auf die öffentliche Versteigerung und deren vorherige Bekanntmachung vorher wirksam verzichten. (§§ 1235, 1237,1,1245 II,1277,2). Daß die Verwertung erst nach der Pfandreife erfolgen soll, (§§ 1228 II,1282) ist dagegen nicht zwingend gemäß § 1284. Koch aGB § 22 VII (S. 00) und die alten aGB § 24 IV lassen die Berechtigung zur Verwertung erst nach der Beendigung der Geschäftsverbindung eintreten. Mit diesem Zeitpunkt werden meistens auch sämtliche gewährten Kredite zur Rückzahlung fällig, sodaß in diesen Bestimmungen die §§ 1228 II 1282 noch nicht außer Kraft gesetzt sind, das haben erst die neuen aGB gebracht in Ziff. 21 II.

Die zur Verpfändung einer Brief-Hypothek oder -Grundschuld nötige schriftliche Verpfändungserklärung kann nach einem Urteil des Reichsgerichts 119) schon in den aGB enthalten sein 120). Es ist nicht nötig, daß die dingliche Einigung mit der Uebergabe des Briefes zusammenfallen muß 121), allerdings muß die Einigung zur Zeit der Uebergabe noch vorhanden sein 122). An sich bedeutet die angeführte Entscheidung ein erhebliches Zugeständnis 123), das Erfordernis einer schriftlichen und speziellen Verpfändungserklärung ist weitgehend aufgelöst, und wirtschaftlich gesehen, dürfte wohl keine Bank auf die ungewisse Aussicht hin, für den Schuldner Hypotheken- oder Grundschuldbriefe eingeliefert zu bekommen, irgendwelchen Kredit geben.

In dem vom Reichsgericht a.a.O. entschiedenen Falle hatte der Kunde einen Vordruck unterschrieben, der am Kopf die aGB enthielt. Nach Staudinger a.a.O. soll es genügen, wenn der Kunde sein Einverständnis mit den aGB schriftlich erklärt. Meistens enthalten nun

118) Koch, S. 196 Vorbem.
119) RG WarnR 33,234 = BA 32,501 = BA 33,416 = LZ 33,92, daß das Urteil des Oberlandesgerichts Kiel BA 32,161 bestätigte. Dem folgend Staudinger, 1274,8 S. 1564 Mitte.
120) vgl. Koch aGB Z. 13 II, alte aGB Z. 24 I, neue aGB Z. 19 II.
121) RG 84,5.
122) RG a.a.O.
123) vgl. Haupt S. 178, der der Entscheidung noch erheblich schärfer entgegentritt.

die vom Kunden gezeichneten Vordrucke 124) nur diese Einverständniserklärung und nicht den vollen Wortlaut der aGB. Dabei können die aGB in der Regel von der Bank einseitig geändert werden 125) und trotzdem geben die Vordrucke nicht an, um welche Fassung der aGB es sich handelt 126). Unter solchen Umständen erfüllt diese auf einem nicht die aGB enthaltenden Vordruck abgegebene Erklärung nicht die Erfordernisse der § 1274,1154. Der Bemerkung bei Staudinger wäre also nicht zuzustimmen. Wahrscheinlich ist sie aber nur im Ausdruck zu weit gefaßt und deshalb u. U. irreführend, denn der Tatbestand der bei ihr angezogenen Entscheidung ist, wie dargelegt, erheblich enger, als es die allgemeine Fassung vermuten läßt 127).

Seitdem das Reichsgericht am 22.10.28. entschieden hat, daß eine bloße Empfangsbestätigung eine Stempelpflicht für die aGB nicht auslöst 128), hat die ganze erörterte Frage an Bedeutung verloren, denn auf diese Entscheidung hin sind die Banken dazu übergegangen, sich nur noch den Empfang der aGB bestätigen zu lassen 129). Ein Schreiben, das aus Steuergründen bewußt so abgefaßt ist, daß es keine rechtsgeschäftliche Erklärung beurkundet, kann in bürgerlich-rechtlicher Betrachtung kaum anders gewertet werden. Eine bloße Empfangsbestätigung ist daher keinesfalls geeignet, die notwendige schriftliche Verpfändungserklärung bei einer Briefhypothek oder -grundschuld zu ersetzen 130).

Der Pfandgläubiger kann an sich an der Forderung, gemäß der allgemeinen Regel des § 404 – die Pfandbestellung gilt als eine Art minderer Abtretung, vgl. § 1274 – nicht mehr Rechte erwerben, als sein Vormann hatte 131). Soweit es sich aber um die dingliche Haftung eines Grundstücks handelt, sind die Bestimmungen über den Schutz des guten Glaubens im Grundbuchverkehr zu beachten. Wenn diese im Falle einer Rechtsnachfolge in das gesamte eingetragene Recht eintreten, ist nicht einzusehen, warum sie im Falle einer teilweisen Rechtsnachfolge durch den Erwerb eines Pfandrechts nicht Platz greifen sollen. Der Pfandgläubiger, dessen Recht im Grundbuch eingetragen ist, oder der sein Recht nach § 1155 belegen kann, kann sich daher auf die §§ 1138,1157,892 berufen 132).

---

124) vgl. Koch 2. A. Seite 11, 3. A. S. 13, 4. A. S. 15, 5. A. S. 16, 6. A. S. 24, 7. A. S. 24

125) Koch 2. A. Seite 10, Ziff. 21, 3. A. 21, Z. 22, 4. A. 14, Z, 24, 5. A. S. 14 Z. 24, 6. A. S. 22 Z. 23, 7. A, S, 25, 8. A. S. 27, Z. 25, 10. A. S. 30 Z. 27. alte aGB Z, 36

126) Erst bei Koch 10. S. 43 ist die Fassung der übergebenen aGB in dem Empfangsvordruck vermerkt.

127) RG 78,26 läßt zwar auch eine sehr weitgehende Abschwächung der Schriftform zu, die man nach Sachlage offenbar als gerecht empfunden hat. Die Entscheidung ist nur aus der besonderen Lage des Einzelfalles zu verstehen und braucht der hier vertretenen Auffassung nicht entgegenzustehen. vgl. a. für andere Sonderfälle RG 136,422; 149,93.

128) RG 122, 5 = BA 28,53.

129) Koch, S. 29, 10. A. S. 43.

130) Ebenso im Ergebnis Haupt 182, Janberg BA 36,514, Koch 10. A. S. 21 A. 4b.

131) RGR-K 404,5.

132) Staudinger 1274,8 Seite 1564/65, 1274,17, auch den Entscheidungen RG 78,26 und 144,26 und der Bemerkung bei RGR-K 404,5 liegt die Auffassung zu Grunde. A.A. OLG Königsberg OLG 29,379, weil § 1207 in § 1274 I,2 nicht wie die §§ 1205 und 1206 erwähnt seien. Die grundbuchrechtlichen Vorschriften sind aber Sondervorschriften.

Eine Eigentümergrundschuld berechtigt nach § 1197 I den Eigentümer nicht zur Betreibung der Zwangsvollstreckung und nach § 1197 II zur Hebung von Zinsen nur für die Dauer einer Zwangsverwaltung. Nimmt der Gläubiger eine solche Grundschuld vom Eigentümer zum Pfand, so muß er den § 1197 gegen sich gelten lassen 133). Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um eine ursprünglich auf den Eigentümer ausgestellte Grundschuld handelte, oder um eine solche, die durch Rückzahlung auf ihn übergangen war 134). Der Gläubiger kann sich nach der Pfandreife allerdings, worauf das OLG Kiel a.a.O. hinweist, die Grundschuld nach den §§ 1291,1282,I,3 an Zahlungstatt abtreten lassen und nun die Zwangsvollstreckung als Fremdgläubiger betreiben. Wie OLG Hamburg jedoch a.a.O. darlegt, geht er damit seiner zu Grunde liegenden Forderung verlustig (§ 364 I); das Verfahren ist also nur dann ratsam, wenn man sicher gehen kann, daß der Erlös aus der Grundschuld die zu sichernde persönliche Forderung deckt.

133) RG Recht 10,1911, OLG Kiel Neumann 26,240, OLG Stuttgart Recht 28,1051, OLG Hamm HRR 30,1216, OLG Hamburg HRR 36,20, KG JW 38,2494; Staudinger 1197,1b.
134) Staudinger 1197,1b, 1177,4b.

§ 5. Zurückbehaltungsrecht an einem Hypotheken- oder Grundschuldbrief.

In den Fällen, in denen mangels einer formgerechten Verpfändungserklärung oder aus einem sonstigen Grunde ein gültiges Pfandrecht an der Hypothek oder der Grundschuld nicht entstanden ist, taucht regelmäßig die Frage auf, ob ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht an dem Brief möglich ist, der über die Hypothek oder Grundschuld ausgestellt ist.

Gegenstand eines selbständigen Pfandrechts kann der Brief nicht sein, da er keinen selbständigen Verkaufswert besitzt 135), deshalb unterliegt er auch nicht dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht des § 369 HGB 136), wohl aber kann ein vertragsmäßiges Zurückbehaltungsrecht nach bürgerlichem Recht vereinbart werden 137) und läßt sich oft eine solche Vereinbarung im Wege der Konversion nach § 140 aus einer formungültigen Pfandbestellung entnehmen 138). Im Falle eines Konkurses versagt das Zurückbehaltungsrecht allerdings, da es in den §§ 48,49 Z. 1,3,4 nicht aufgezählt ist 139). Kraft des Zurückbehaltungsrechts hat der Gläubiger solange ein Recht zum Besitz des Briefes, bis seine Forderung beglichen ist 140).

Gegen diese Rechtsprechung kann man nicht, wie Haupt 141), Bedenken erheben. Die Stellung des Zurückbehaltungsberechtigten ist gegenüber der eines Pfandgläubigers wesentlich schwächer. Die Möglichkeit, daß man das Zurückbehaltungsrecht formlos vereinbaren kann, wird daher kaum dazu verführen, daß man damit die Formvorschriften für die Verpfändung umgehen will. Das Zurückbehaltungsrecht kommt regelmäßig nur dann zum Zuge, wenn es an einer formgerechten Verpfändung mangelt und man es als ungerecht empfinden würde, den Gläubiger leer ausgehen zu lassen und den Schuldner von einer Verpflichtung freizusprechen, die er an sich übernehmen wollte.

---

135) KG SA 59,279, Staudinger 1204,6.
136) RG 149,93, KG SA 59,280, Staub-Gadow 369,16, Müller-Erzbach S. 424/25.
137) RG 51,87/88 unter Aufgabe des früheren Standpunktes von RG 16,196, RG 66,27; 68, 388, dort als st. Rspr. bezeichnet, 148,202, KG SA 59,280, Staub-Gadow 2 vor 369.
138) RG 66,24 ff, 28; RG JW 29,1968; Staudinger 1204,6.
139) RG Recht 09,17, KG SA 59,281.
140) RG 66,27.
141) Haupt, 187, jedoch ohne nähere Begründung.

§ 6. Die Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB.

Die Löschungsvormerkung nach § 1179 (LV) ist auf weiten Gebieten des Grundpfandrechts geradezu zur Regel geworden, sie setzt im Ergebnis die Bestimmungen über die Eigentümergrundschuld außer Kraft, die als Schutz des Grundeigentümers gedacht waren. Für die Bank wird sie immer dann in Frage kommen, wenn einer ihrer Rechte eine andere Belastung, insbesondere etwa eine Institutshypothek vorgeht. Bei Koch ist die Löschungsvormerkung in jedem Vordruck enthalten 142).

Die rechtliche Ausgestaltung der LV ist aus einem Kompromiß hervorgegangen. In der zweiten Kommission erwog man 143), daß man eine neue Form der Hypothek schaffen würde, wenn man die Abschaffung der Eigentümerhypothek mit dinglicher Wirkung zulassen wollte, da der Gläubiger bei den Verhandlungen regelmäßig die stärkere Stellung habe, würde die Einrichtung der Eigentümerhypothek praktisch meistens ausgeschaltet werden. Die Mehrheit dagegen war der Ansicht, daß in einzelnen Fällen durchaus ein berechtigtes Interesse daran bestehen könne, den nachstehenden Gläubiger vorrücken zu lassen und eine gewisse dingliche Wirkung müsse man einem solchen Recht zukommen lassen. Man einigte sich dahin, den Löschungsanspruch zwar nur persönlich wirken zu lassen, aber in § 1179 besonders zu bestimmen, daß er durch eine Vormerkung nach § 883 gesichert werden könne. In der Regel wird dabei der Gläubiger ebenso stehen, wie wenn die Vereinbarung dingliche Wirkung hätte, die rechtspolitischen Gefahren, die die Minderheit in der Kommission befürchtete, sind auch eingetreten. Rechtstechnisch aber bestehen allerhand Schwierigkeiten, wie die vielen zu § 1179 ergangenen Entscheidungen beweisen.

Wenn eine Eigentümergrundschuld bereits besteht, kommt der § 1179 nicht zum Zuge, sondern der § 883. 144). Im übrigen ist der § 1179 eine Sondervorschrift und erlaubt nur Vormerkungen für einen Löschungsanspruch und nicht auch für andere Ansprüche, etwa auf Abtretung 145). Ist über die Hypothek oder Grundschuld, deretwegen die LV eingetragen werden soll, ein Brief ausgestellt, so muß dieser vorgelegt werden 146). Ob – abgesehen von besonderen Vereinbarungen – ein Anspruch auf Vorlegung gegen den Briefbesitzer besteht, ist bestritten, dafür ist Staudinger (1179,14), dagegen KG OLG 18,181. M. E. besteht für den Briefbesitzer, wenn ihm die Kosten für Versendung, Versicherung usw. vorgeschossen bzw. erstattet werden, keine Gefahr und es wäre Schikane, wollte er die Herausgabe des

142) Koch 165, 166, 167, 168 (Form. 159, 160), 169, 170.
143) Mugdan III. S. 846/47, Prot. S. 4494/95.
144) Staudinger 1179,1, 3a.
145) RG 145,342 ff, 352/53, Staudinger 1179,2a.
146) KGJ 21 A 175; 30 A 283.

Briefes dem Löschungsberechtigten verweigern. Die Entscheidung des Kammergerichts erscheint daher überholt; da später Urteile nicht bekannt geworden sind, darf man vielleicht auch annehmen, daß sich die Gläubiger meistens auf gütlichem Wege zur Herausgabe des Briefes bereit finden. Weil es trotzdem einige Zeit dauern kann, bis der Brief vorliegt und sich die Eintragung der LV dadurch u. U. verzögert, enthalten die meisten Formulare eine Bestimmung entsprechend § 16 II GBO, daß der Eintragungsantrag und der Antrag wegen der LV nicht als ein Antrag gelten sollen 147). Auf dem Brief des Löschungsgläubigers wird die LV nicht vermerkt, da sie nicht notwendig mit dem Recht aus dem Brief ein gemeinsames Schicksal haben muß 148).

Die Löschungsverpflichtung kann der Eigentümer jedem gegenüber übernehmen, der ein Interesse daran hat 189). Regelmäßig wird es der Gläubiger eines nachfolgenden Grundpfandrechts sein, auch zu Gunsten des Gläubigers des betr. Rechts selbst ist die Vormerkung zulässig 150), sie kann für ihn Bedeutung erlangen, wenn er etwa mehrere Rechte hat und sie später einzeln abtreten will. Ob bei einer ursprünglichen Eigentümergrundschuld eine LV eingetragen werden kann, ist streitig 151), das BObLG meint a.a.O., es sei denkgesetzlich unmöglich und würde das Grundbuch unverständlich machen, dem wird man wohl zustimmen müssen, jedenfalls ist das andere Verfahren, solange es noch nicht anerkannt ist, nicht zu empfehlen.

Die LV kann für den jeweiligen Gläubiger der Hypothek eingetragen werden 152). Da die LV in der Regel nur für einen Hypothekengläubiger Sinn hat, müßte eine andere Auffassung unverständlich sein. Mit Recht hat das Reichsgericht darüber hinaus gesagt 153), daß mit der Uebertragung der Hypothek im Zweifel eine stillschweigende Uebertragung der Recht aus der LV verbunden sei.

Eine Vormerkung hat nur dann Sinn, wenn sie auch gegen einen späteren Eigentümer wirkt. Da sie keine eigentliche dingliche Wirkung hat, verpflichtet sie zwar nur den derzeitigen Egentümer, wenn dieser aber sein Grundstück verkauft, macht er sich die Erfüllung seines Löschungsversprechens dadurch unmöglich und insoweit ist kraft der Vormerkung nach den §§ 883 II, 881 I der neue Eigentümer verpflichtet, die Löschung zu bewilligen 154). Diese relative Unwirksamkeit zeigt sich auch bei anderen Verfügungen, die der Eigentümer entgegen seiner Löschungsverpflichtung vornimmt. So kann er die Eigentümergrundschuld wirksam abtreten 155), oder seine Zustimmung

147) vgl. Koch 165 bei A. 8, 166, 167, 168, 169, 170.
148) KG JW 34,2998, Staudinger 1179,14, Janberg Blätter f. Genwes. 39,106. Dem nicht zu leugnenden Bedürfnis nach einem solchen Vermerk könnte man dann entgegenkommen, wenn die Löschungsverpflichtung dingliche Wirkung hätte.
149) Staudinger 1179,4c.
150) Staudinger 1179,1 (gegen die Vorauflagen), Reinhard-Müller IX zu 114 ZVG, KGJ 42,316.
151) Dafür Staudinger 1179,4, (gegen die Vorauflagen), dagegen BObLG HRR 35,128.
152) RG 63,153 ff, 154, 157; KGJ 32 A 213, anders noch KGJ 31 A 324; Staudinger 1179,4, 883,15; Planck 1179, 2e, RGR-K 1179,3, Palandt 1179,2a; Güthe-Triebel 49 vor dem 2. Abschnitt (gegen die Vorauflagen).
153) RG 143,73 = JW 34,756 mit zust. A. von Boesebeck, ebenso Staudinger 1179,4; Planck 1179,2e, Palandt 1179,2a.
154) KGJ 44,309 ff eingehend; ebenso Staudinger 1179,6, Planck 1179,4d, RGRK 1179,5.
155) OLG 26,166, RGR-K 1179,7.

zum Rangrücktritt der Hypothek nach § 880 II,2 wirksam abgeben, nur dem Vormerkungsberechtigten gegenüber ist dies dann unwirksam 156).

Bei einer Höchstbetragshypothek kommt die LV erst dann zum Zuge, wenn die Geschäftsverbindung abgeschlossen ist, zu deren Sicherung die Hypothek eingetragen wurde. Wenn aber die Hypothek nur teilweise valutiert war und dann abgetreten wurde, braucht der Vormerkungsberechtigte nicht diejenigen Beträge gegen sich gelten zu lassen, die der neue Gläubiger auf Grund der Hypothek nach der Abtretung gezahlt hat 157).

Wenn eine durch eine Grundschuld gesicherte Forderung zurückgezahlt wird, geht die Grundschuld nach den Ausführungen oben Seite 3 nicht ohne weiteres auf den Eigentümer über, sondern dieser hat nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Uebertragung bzw. Löschung der Grundschuld. Will also ein nachfolgender Gläubiger mit seiner LV sicher gehen, muß er sich auch diesen Anspruch noch abtreten lassen, damit nicht Eigentümer und Gläubiger etwa eine andere Vereinbarung treffen oder Pfändungsgläubiger dazwischen kommen könne. 158).

Nicht selten wird ein Kredit von einer Bank auf die andere umgelegt. Manchmal zahlt der neue Geldgeber unmittelbar an den bisherigen Gläubiger den Saldo zurück und bekommt dann von jenem die Post unmittelbar übertragen. Bei einem solchen Verfahren ist der Kunde in keinem Augenblick einmal über die Post verfügungsberechtigt gewesen 160).

Oft soll aber die bisherige Bankverbindung nicht wissen, wer sie abgelöst hat. Auf die Dauer läßt sich dies zwar doch kaum verheimlichen. Vielleicht reicht ein anderer Kunde einmal einen Scheck auf dem bisherigen Kunden und dessen neue Bankverbindung ein, oder es kann sch auf ähnliche Weise herausstellen, wo der Kunde jetzt seine Geschäfte laufen läßt. U. U. mag es aber einem Kunden, der wechseln will, schon erstrebenswert erscheinen, wenn es wenigstens im Augenblick unklar bleibt, wer den Kredit übernommen hat. Man übergibt dann einem Notar eine löschungsfähige Quittung mit der Maßgabe, daß er sich nur als Treuhänder Zug um Zug gegen Zahlung des Saldos bedienen darf, oder die neue Bankverbindung schießt dem Kunden die Gelder zur Abdeckung seiner Schulden vor und läßt sich von dem Kunden dann die diesem von dem früheren Gläubiger übertragene Post abtreten. Das letztere Verfahren setzt voraus, daß man dem Kunden das entsprechende Vertrauen schenkt, denn solange die Post nicht auf den neuen Gläubiger eingetragen ist, ist der Kredit ungedeckt. Wenn man einen Notar einschaltet, ist diese Gefahr ausgeschlossen.

Beide Vorgänge sind gleich zu beurteilen, was die Wirkung einer etwa eingetragenen LV angeht. In beiden Fällen erklärt sich der Gläubiger als vom Eigentümer befriedigt. Beidesmal geht die Hypothek

156) Staudinger 1179,15, RGR-K 1179,5.
157) RG 125, 136 = JW 29, 3288, ebenso Staudinger 1179,19.
158) Janberg ZAkadDR 38,596.
159) So war der Fall offenbar OLG Kiel, 16. 7. 37., BA 39,84. Das Urteil arbeitet, wenigstens soweit es veröffentlicht ist, im Tatbestand und in den Gründen die entscheidenden Gesichtspunkte nicht klar heraus.

na ch§ 1163 I,2, (anders bei der Grundschuld s. o. S. 3) auf den Eigentümer über; dieser erst überträgt die Post auf den neuen Gläubiger. An diesen Vorgang, der bei der Einschaltung eines Notars nur eine zeitlich nicht in Erscheinung tretende Stufe ist, knüpft der Löschungsanspruch des Vormerkungsberechtigten an mit der Wirkung, daß er dem neuen Gläubiger den Rang, den sein Vormann hatte, streitig machen kann 160).

Diesen Gefahren kann man nur dann entgehen, wenn der Schuldner sich nicht eine Löschungsfähige Quittung ausstellen läßt, sondern eine Blankoabtretung. Dann ist bis zur Ausfüllung des Blanketts der alte Gläubiger Träger der Rechtsstellung (s. o. S. 17), unmittelbarer Rechtsnachfolger wird mit der Ausfüllung der neue Geldgeber, und der Löschungsanspruch eines nachfolgenden Gläubigers findet in einem solchen Falle keinen Angriffspunkt.

In der Zwangsversteigerung setzt sich der Löschungsanspruch in einen Anspruch auf Zuteilung desjenigen Teiles des Erlöses um, der bei der Löschung der Post auf den betr. Gläubiger entfallen wäre 161). Der Vormerkungsgläubiger muß aber sein Recht in dem Verfahren ausdrücklich geltend machen 162), da er kein dinglicher Gläubiger ist, kann er sich nicht auf den § 114 ZVG verlassen.

160) Koch 10.A. 288 A. 8a schneidet das Problem kurz an.
161) Staudinger 1179,21, Reinhard-Müller IX zu 114 ZVG.
162) KG OLG 26,166; RGR-K 1179,7, Reinhard-Müller, XII, 2 zu 114 ZVG.

§ 7. Pfändung der nichtvalutierten Eigentümergrundschuld.

Der nicht in Anspruch genommene Teil eines Grundpfandrechts ist nicht selten Gegenstand von Zugriffen von persönlichen Gläubigern, die die entstandenen oder noch entstehenden Eigentümergrundschulden zu pfänden versuchen. Wie diese Pfändung zu bewirken ist, ist hier nicht zu erörtern. Für die Bank kommt es darauf an, ob sie eine ihr bestellte Hypothek oder Grundschuld weiter valutieren darf. Bei einer Höchstbetragshypothek ist dies nach einer Reihe von Entscheidungen möglich 163). Hat der Schuldner eine Grundschuld bestellt, so könnte nur der schuldrechtliche Anspruch auf Uebertragung bzw. Löschung gepfändet werden (s. a. o. S. 3). Dieser Anspruch ist aber regelmäßig erst dann fällig, wenn der Kunde den ganzen Saldo abgedeckt hat (s. a. o. S. 3).

Unter Umständen kann es jedoch sein, daß nach den Vereinbarungen zwischen der Bank und dem Kunden oder nach der tatsächlichen Lage der Dinge feststeht, daß die Bank den Kredit nicht mehr erhöhen wird. In diesen, wohl verhältnismäßig seltenen Fällen, fragt es sich, ob die Pfändungsgläubiger nicht trotz der vorstehenden Ausführungen irgendwie den noch nicht erfaßten Teil des Grundstückswerts herankommen können, indem sie etwa einen Anspruch auf Uebertragung eines angemessenen Teiles der Sicherheit pfänden lassen. Ob ein derartiger Anspruch besteht, ergibt sich aus dem zu Grunde liegenden Schuldverhältnis. Man darf ihn nur unter besonderen Umständen annehmen, denn sonst könnten sich zu leicht Außenstehende in das Kreditverhältnis zwischen der Bank und dem Kunden einmischen.

Wenn der Bank eine nach menschlichem Ermessen unbedingt ausreichende Spanne bleibt, würde es dagegen unbillig erscheinen, wenn sie den anderen Gläubigern ihre gesamten Sicherheiten vorenthalten würde.

Die Bank könnte sich dann auch nicht auf eine Bestimmung in den aGB oder in sonstigen Formularen berufen 164), daß die Rückgabe der Sicherungen nur bei vollständiger Abdeckung der Schulden verlangt werden kann. Damit sollen nur die zahlenmäßig ja überwiegenden Fälle getroffen werden, in denen es nicht ausgeschlossen ist, daß die Bank noch einmal in Vorlage tritt. Falls dagegen feststeht, daß der Kredit nicht mehr erhöht wird, würde es gegen die guten Sitten verstoßen, wenn die Bank zum Nachteil der anderen Gläubiger mehr Sicherheiten in ihrer Hand behalten wollte, als zu ihrer Sicherung nötig sind. Daß dies mit den betr. Bestimmungen gewollt wäre, geht aus ihnen nicht mit der nötigen Klarheit hervor und man darf ohne besondere Anhaltspunkte nicht annehmen, daß die Parteien mit einer Vertragsbestimmung etwas Sittenwidriges haben erreichen wollen.

163) RG 51,119, 125,133, RG JW 35,2554, ebenso Staudinger 1190,17d.
164) vgl. Koch 170 (Form. 163,164); nach den neuen aGB 19 VII ist die Bank bereit „nach ihrem Ermessen" Sicherheiten freizugeben, deren sie nicht bedarf.

Verzeichnis der benutzten Schriften.

Bruck:
Privatversicherungsrecht.

Enneccerus-Lehmann:
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearb., 1932.

Grossmann-Doerth:
Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, 1933.

Güthe-Triebel:
Grundbuchordnung, 6. Aufl., 1938.

Haupt:
Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken, 1937.

Klausing:
Fiduziarische Rechtsgeschäfte im Rechtsvergl. Handwörterbuch, Bd. III, S. 368 ff., herausgeg. von Schlegelberger, 1931.

–
Rechtsgestaltung und Rechtsschöpfung im Vertrags- und Gesellschaftswesen, 1936, D Not Z 36, 446 ff.

Koch:
= Koch-Schütz, Bankgeschäftliches Formularbuch, 8. Aufl. 1930. (Wenn andere Auflagen, die zweite bis siebente, oder die zehnte von 1939 angezogen wurden, ist dies jeweils besonders vermerkt.)

Michaelis:
Kommentar zur Wechselordnung, 1. A., 1932.

Michel:
Die allgemeinen Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung, 1932.

Mugdan:
Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1899.

Müller-Erzbach:
Deutsches Handelsrecht, 2./3. Aufl., 1928.

Palandt u. a.
Kurzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Aufl., 1938.

Planck u. a.:
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Sachenrecht, 5. Aufl., 1938.

Quassowski-Albrecht:
Wechselgesetz, 1934.

Raiser:
Das Rrecht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1936.

RGR-K:
= Kommentar der Reichsgerichtsgeräte zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl., 1935.

Reinhard-Müller:
Kommentar zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 3./4. Aufl., 1931.

Rilk:
Wechselgesetz, 1934.

Rozumek-Herold:
Das Kreditgeschäft der Banken, 1936.

Schantz:
Verlängerter Eigentumsvorbehalt – wie lange noch? Frankf. rechtsw. Abh. Nr. 3, 1937.

Staudinger:
= Staudinger-Riezler, Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil, 10. A., 1936.
= Staudinger-Kober, Kommentar zum BGB, Sachenrecht 10. A., 1936.

Staub-Koenige:
Kommentar zum HGB 13. A., 1926.

Staub-Gadow:
Kommentar zum HGB 14. A., 1932.

v. Tuhr:
Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 2., zweite Hälfte, 1918.

---

alte aGB

= Allgemeine Geschäftsbedingungen der Deutschen Bank und Discontgesellschaft, Fassung v. 1. 7. 37.

neue aGB

= Allgemeine Geschäftsbedingungen, herausgegeben von der Wirtschaftsgruppe Privates Bankgewerbe – Centralverband des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes, Fassung vom Dezember 1937, abgedruckt bei Koch 10. A., Seite 4 ff.

DB

= ein Satz Formulare, wie sie bei einer süddeutschen Filiale einer D-Bank im Frühjahr 1938 üblich waren.

Dienstbestimmungen der Reichsbank, Bd. IV, Stand vom Mai 1939.

Gen aGB

Allgemeine Geschäftsbedingungen der Kreditgenossenschaften des Deutschen Genossenschaftsverbandes, Fassung vom Januar 1931, wurde noch im Mai 1939 verwandt.

Bei Kommentaren bezeichnen die Zahlen vor dem Komma die betr. Paragraphen, nach dem Komma die Nummer der laufenden Anmerkung, wo die Zeitschriften nur nach den Nummern zitiert werden, wie HRR, bedeutet die Zahl nach dem Komma die betr. Nummern, bei den sonstigen Zeitschriften und Schriften die Zahl der Seite bzw. Spalte.

LEBENSLAUF

Am 27. März 1914 wurde ich als Sohn des damaligen Amtsrichters Artur Ungewitter und seiner Ehefrau Line, geb. Lehr, zu Frankfurt am Main geboren. Von Ostern 1920 bis Ostern 1923 besuchte ich die Schwanthaler-Schule zu Frankfurt am Main und von Ostern 1923 bis Ostern 1932 das Kaiser-Wilhelms-Gymnasium in Frankfurt a. M. Am 18. Febr. 1932 bestand ich die Reifeprüfung und studierte dann Rechtswissenschaft, ein Semester in Grenoble (Frankreich), drei Semester in Freiburg (Br.) und drei Semester in Frankfurt am Main. Am 11. Oktober 1935 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung in Frankfurt am Main mit „lobenswert". Anschließend war ich im Vorbereitungsdienst in Idstein (Ts.), Offenburg, Freiburg, Neustadt (Schw.), Karlsruhe, bestand am 30. Januar 1939 vor der Zweigstelle Stuttgart des Reichsjustizprüfungsamts die große Staatsprüfung mit „gut" und bin zur Zeit im anwaltlichen Probedienst.

Gerhard Ungewitter.